

STRAFKLAGEVERBRAUCH
UND FORTGESETZTE HANDLUNG

Manfred Faber

1966



Digitized by the Internet Archive
in 2026

S t r a f k l a g e v e r b r a u c h u n d
f o r t g e s e t z t e H a n d l u n g

Inauguraldissertation zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt
von
Manfred Faber
aus Coburg

1 9 6 6



Dekan:	Prof. Dr. Biedenkopf
Berichterstatter:	Prof. Dr. Warda
Zweitberichterstatter:	Prof. Dr. Geilen
Tag der mündlichen Prüfung:	28. Juli 1966

Einleitung

1. Aufgaben

1. Die Darstellung der Aufgabenstellung

2. Die Darstellung der Aufgabenstellung

Meinen Eltern

3. Die Darstellung der Aufgabenstellung

4. Die Darstellung der Aufgabenstellung

5. Die Darstellung der Aufgabenstellung

6. Die Darstellung der Aufgabenstellung

2. Aufgaben

7. Die Darstellung der Aufgabenstellung

8. Die Darstellung der Aufgabenstellung

9. Die Darstellung der Aufgabenstellung

10. Die Darstellung der Aufgabenstellung

11. Die Darstellung der Aufgabenstellung

12. Die Darstellung der Aufgabenstellung

13. Die Darstellung der Aufgabenstellung

G l i e d e r u n g

A. Einleitung	1
I. Zur Problematik um die fortgesetzte Handlung	1
II. Die Voraussetzungen der fortgesetzten Handlung nach herrschender Meinung	16
1. Objektive Voraussetzungen	18
a) Verwirklichung desselben Deliktstatbestands	18
b) Verletzung oder Gefährdung des gleichen Rechtsguts	19
c) Gleichartigkeit der tatsächlichen Begehungsweise	23
2. Subjektive Voraussetzungen	24
B. <u>Die grundsätzliche Behandlung des Strafklageverbrauchs bei Fortsetzungszusammenhang nach herrschender Meinung und die davon abweichenden Lösungsversuche</u>	28
I. Der Strafklageverbrauch bei der fortgesetzten Handlung in der Sicht der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre ...	28
1. Die negative Funktion der materiellen Rechtskraft	28
2. Der Tatbegriff. Seine Funktion als Rahmen des Strafklageverbrauchs und der Klageänderungsbefugnis	32
3. Das Verhältnis Tat - fortgesetzte Handlung	36
II. Die von der herrschenden Meinung abweichenden Lösungsversuche. Darstellung und Kritik	37
1. Das Streben nach gerechten Urteilen als Ursache neuer Lösungsvorschläge	37

2.	Der Ansatz am Tatbegriff	42
a)	Die Auffassung Geerds' (Die Tat als der durch die Anklage individualisier- te Sachverhalt)	45
b)	Die prozessuale Teilung der fortge- setzten Handlung	50
3.	Die Beschränkung des Strafklageverbrauchs durch die konkrete Kognitionsmöglichkeit des Gerichts	61
4.	Ergebnis	75
C.	<u>Die Auseinandersetzung mit der Lösung problema- tischer Fallgruppen durch die Rechtsprechung ..</u>	76
I.	Bindung an den Inhalt des rechtskräftigen Ersturteils	76
1.	Der Erstrichter hat den Zusammenhang zwi- schen den Einzelbetätigungen erkannt und wegen einer fortgesetzten Handlung verur- teilt	76
2.	Der Erstrichter hat nicht wegen eines fortgesetzten Delikts, sondern wegen selb- ständiger Handlungen verurteilt	83
II.	Der Strafklageverbrauch bei einem von der Anklage wegen eines fortgesetzten Delikts freisprechenden Urteil	97
1.	Der Freispruch erfolgte zu Unrecht	100
2.	Der Freispruch erfolgte zu Recht	103
III.	Der Strafklageverbrauch für Straftaten, die mit einem fortgesetzten Delikt in Idealkonkurrenz stehen	109
1.	Die materiell-rechtliche Ausgangssitu- ation	109
2.	Der Strafklageverbrauch bei minder schwe- rer fortgesetzter Handlung	111
IV.	Teilakte der fortgesetzten Handlung wer- den nach dem Urteil begangen	117
1.	Das Urteil wird nicht angefochten	118
2.	Das erstinstanzliche Urteil wird ange- fochten	135

D. <u>Die materiell-rechtlichen Folgerungen aus der</u> <u>prozessualen Untersuchung</u>	144
I. Die Notwendigkeit einer Einschränkung des Begriffs der fortgesetzten Handlung	144
II. Darstellung und Ablehnung der Ansicht, der Begriff des fortgesetzten Delikts ergebe sich mit dogmatischer Notwendigkeit aus dem allgemeinen Handlungsbegriff	147
1. Die fortgesetzte Handlung als "Erschei- nungsform der sukzessiven Verbrechensbege- hung"	148
2. Die fortgesetzte Handlung als "soziale Sinneinheit" und als "Einheit bei natürli- cher Betrachtung"	151
III. Die Einschränkung des Begriffs der fortge- setzten Handlung	155
1. Der maßgebende Gesichtspunkt: Identität des Betroffenen	155
2. Die einzelnen Deliktsgruppen	158
a) Straftaten gegen höchstpersönliche Rechts- güter	158
b) Straftaten gegen Vermögenswerte	159
c) Straftaten gegen die Gesamtheit	161
IV. Vor- und Nachteile der Einschränkung	164

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Abel, Gerhard Rechtskraft und Feststellungswirkung
des Strafurteils, Erlangen (Diss.
Erlangen) 1961 (zitiert: Abel)
- Alsberg, Max Anmerkung zu einem Urteil des Reichs-
gerichts vom 20. 12. 1928, JW 1929,
S. 1053 f.
- Baumann, Jürgen Strafrecht, Allgemeiner Teil,
4. Auflage, Bielefeld 1966
(zitiert: Baumann)
- Beling, Ernst Anmerkung zu einem Urteil des Reichs-
gerichts vom 14. 11. 1930, JW 1931,
S. 216 ff.
- Bennecke, Hans -
Beling, Ernst Lehrbuch des deutschen Reichsstraf-
prozeßrechts, Breslau 1900
(zitiert: Bennecke-Beling)
- Binding, Karl Strafrechtliche und strafprozessuale
Abhandlungen, 2. Bd., Strafprozeß,
München und Leipzig 1915
(zitiert: Binding)
- Bindokat, Heinz Anmerkung zu einem Urteil des Bundes-
gerichtshofs vom 5. 11. 1953,
NJW 1954, S. 1577 f.
- Bockshammer, Richard Über die Anwendung des Grundsatzes
ne bis in idem auf dem Gebiete des
fortgesetzten und Kollektivdelikts,
Stuttgart (Diss. Tübingen) 1896
(zitiert: Bockshammer)
- Borgmann, Fritz Die Identität der Tat, Göttingen
(Diss. Göttingen) 1891
(zitiert: Borgmann)
- Bruns, Hans-Jürgen Erlaubt die Rechtskraft des Straf-
befehls die zusätzliche Verfolgung
nachträglich eingetretener straf-
schärfender Tatfolgen ? JZ 1960,
S. 585 ff.
- Teilrechtskraft und innerprozessuale
Bindungswirkung des Strafurteils,
Köln-Berlin-München-Bonn 1961
(zitiert: Bruns, Teilrechtskraft)

- Bruns, Hans-Jürgen Zur Feststellungswirkung des rechtskräftigen Strafurteils, Festschrift für Eb. Schmidt, Göttingen 1961, S. 602 ff. (zitiert: Bruns, Festschrift für Eb. Schmidt)
- Buchholz, Lothar Die Selbständigkeit der Einzelakte beim fortgesetzten und Kollektivdelikt, Strafr.Abh. Heft 413
- v. Bülow Aus der Praxis. Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und vom Rechtsgute, GS 59, S. 177 ff.
- Busch, Richard Zum Verbrauch der Strafklage bei späterer Erkenntnis anderweitiger Tatgestaltung, ZStW 68, S. 3 ff.
- Coenders Anmerkung zu einem Urteil des Reichsgerichts vom 10. 4. 1924, JW 1925, S. 1002 ff.
- Dallinger, Wilhelm Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, MDR 1953, S. 270 ff.; MDR 1957, S. 526 ff.
- Danninger, Robert Die Entwicklung des fortgesetzten Verbrechens und seine besondere prozessuale Bedeutung, Diss. Erlangen, 1951 (zitiert: Danninger)
- Dedes, Christos Die Identität der Tat im Strafprozeß, GA 1965, S. 102 ff.
- Doerr, Friedrich Das fortgesetzte Delikt. Seine Geltung und seine Wirkungen im deutschen Recht, GS 71, Beilageheft (zitiert: Doerr)
- Dohna, Alexander Graf zu Das Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Berlin 1929 (zitiert: Graf zu Dohna)
- Betrachtungen über das fortgesetzte Verbrechen, DStR 1942, S. 19 ff.
- Dreher, Eduard Bericht: Die sechste Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission, ZStW 68, S. 71 ff.
- Erbs, Georg Handkommentar zur Strafprozeßordnung, Frankfurt a. M. und Bonn 1950 (zitiert: Erbs)

- Frank, Reinhard Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931 (zitiert: Frank)
- Freisler, Roland Einige Gedanken über Willensstrafrecht und Mehrheit von Straftaten, DStR 1935, S. 162 ff.
- Ganske, Joachim Der Begriff des Nachteils bei den strafprozessualen Verschärfungsverboten, Berlin 1960 (zitiert: Ganske)
- Geerds, Friedrich Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, Hamburg 1961 (zitiert: Geerds)
- Gelbert, Karl Der Gegenstand des Strafverfahrens, JW 1934, S. 2890 ff.
Die Schlechterstellung des Angeklagten (reformatio in peius) bei der fortgesetzten Handlung und beim Kollektivdelikt, DJ 1936, S. 1335 ff.
- Gerland, Heinrich Anmerkung zu einem Urteil des Reichsgerichts vom 10. 1. 1928, JW 1928, S. 2247
- Grünwald, Gerald Die Frage der Nichtigkeit von Strafurteilen, ZStW 76, S. 250 ff.
Die Teilrechtskraft im Strafverfahren, Göttingen 1964 (zitiert: Grünwald)
- Hahn, C. Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, Erste Abteilung, 2. Aufl., Berlin 1885 (zitiert: Hahn, Materialien)
- Hall, Karl Alfred Gestaltwandel der Tat im Strafverfahren, DRechtsw. 1941, S. 305 ff.
- Hartung, Fritz Tateinheit und künstliche Verbrechenseinheiten in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts, SJZ 1950, Sp. 326 ff.
- Heinitz, Ernst Die Grenzen der zulässigen Wahlfeststellung im Strafprozeß, JZ 1952, S. 100 ff.

- Heinrich, Gerhard Verbrauch der Strafklage bei Urteilen über Kollektiv- und fortgesetzte Delikte, Jena (Diss. Jena) 1930 (zitiert: Heinrich)
- Hellmer, Joachim Anmerkung zu einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 3. 8. 1962, NJW 1963, S. 116
- Das Zusammentreffen von natürlicher Handlungs- und rechtlicher Tateinheit bei Verletzung höchstpersönlicher Interessen, GA 1956, S. 65 ff.
- Henkel, Heinrich Das Deutsche Strafverfahren, Hamburg 1943 (zitiert: Henkel, Das Deutsche Strafverfahren 1943)
- Einführung in die Rechtsphilosophie, München und Berlin 1964 (zitiert: Henkel, Rechtsphilosophie)
- Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch, Stuttgart und Köln 1953 (zitiert: Henkel)
- Honig, Richard Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, Mannheim-Berlin-Leipzig 1925 (zitiert: Honig, Studien)
- Jescheck, Hans-Heinrich Anmerkung zu einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10. 1. 1956, JZ 1957, S. 29 ff.
- Leitsätze zum Thema Konkurrenzen. Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Bd., Anhang Nr. 59, S. 163 ff. (zitiert: Jescheck, Niederschriften, 2. Bd., Anhang)
- Die Konkurrenz, ZStW 67, S. 529 ff.
- Kadečka, Ferdinand Handlungseinheit und Identität der Tat, JurBl. 61, S. 49 ff.
- Noch einige Worte über die Identität der Tat, DJ 1942, S. 210 f.
- Kern, Eduard Anmerkung zu einem Urteil des Reichsgerichts vom 24. 11. 1931, JW 1933, S. 456 ff.

- Kerschbaum Das fortgesetzte Delikt, Urach
(Diss. Tübingen) 1932 (zitiert:
Kerschbaum)
- Kielwein, Gerhard Der Verbrauch der Strafklage im eng-
lischen Strafverfahren, ZStW 68
(Mitteilungsblatt), S. 37 ff.
- Kleinknecht-Müller-
Reitberger Kommentar zur Strafprozeßordnung und
zum Gerichtsverfassungsgesetz,
5. Aufl., Darmstadt 1963 (zitiert:
KMR)
6. Aufl., herausgegeben von Hermann
Müller und Walter Sax, Darmstadt 1966
(zitiert: Müller-Sax (KMR))
- Kohler, Josef Der Begriff der fortgesetzten Misse-
tat, GA 53, S. 153 ff.
- Kohlrausch, Eduard Der Sammelbegriff der Sammelstraftat,
ZakDR 1938, S. 473 ff.
- Kohlrausch, Eduard -
Lange, Richard Kommentar zum Strafgesetzbuch,
43. Aufl., Berlin 1961 (zitiert:
Kohlrausch-Lange)
- Kramer, Waldemar Das fortgesetzte Verbrechen, Göttingen
(Diss. Göttingen) 1907 (zitiert:
Kramer)
- Kriele, Martin Kriterien der Gerechtigkeit, Berlin
1963 (zitiert: Kriele)
- v. Kries, August Lehrbuch des Deutschen Strafprozeß-
rechts, Freiburg 1892 (zitiert:
v. Kries)
- Kriesten, Gotthard Der Fortsetzungszusammenhang, Hamburg
(Diss. Hamburg) 1963 (zitiert:
Kriesten)
- Lauckner Zur Geschichte und Dogmatik der refor-
matio in peius, Strafr.Abh. Heft 171
- Leipziger Kommentar Reichsstrafgesetzbuch, 5. Aufl., 1. Bd.
herausgegeben von Adolf Lobe, Berlin
und Leipzig 1933 (zitiert: LK,
5. Aufl.)
- Strafgesetzbuch, 8. Aufl., herausge-
geben von Heinrich Jagusch und Edmund
Mezger, 1. Bd., Berlin 1957; 2. Bd.,
Berlin 1958 (zitiert: LK)

- Lillenthal Anmerkung zu einem Urteil des BayObLG vom 31. 3. 1921, JW 1921, S. 846
- Litzenberg, Rudolf Der Grundsatz "ne bis in idem" und seine Anwendung auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektiv-Delikts, Hamburg (Diss. Hamburg) 1936 (zitiert: Litzenberg)
- Liu, Keetsin Der Begriff der Identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeßrecht, Strafr.Abh. Heft 221
- Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, 21. Aufl., herausgegeben von Hanns Dünnebier, Friedr. Wilh. Geier, Heinrich Jagusch, Max Kohlhaas, Werner Sarstedt, Karl Schäfer, 1. Bd., Berlin 1963; 2. Bd., Berlin 1965 (zitiert: Löwe-Rosenberg)
- Maiwald, Manfred Die natürliche Handlungseinheit, Heidelberg 1964 (zitiert: Maiwald)
- Mann, Dietrich Materielle Rechtskraft und fortgesetzte Handlung, Kiel (Diss. Kiel) 1960 (zitiert: Dietr. Mann)
- Mann, Dietrich und Ulrich Materielle Rechtskraft und fortgesetzte Handlung, ZStW 75, S. 251 ff.
- Mannheim, Hermann Literaturbericht Nr. 5: Keetsin Liu, Der Begriff der Identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeßrecht, ZStW 49, S. 706 ff.
- Maunz-Dürig Grundgesetz. Kommentar von Theodor Maunz und Günter Dürig, 2. Bd., München und Berlin (zitiert: Maunz-Dürig)
- Maurach, Reinhart Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1965 (zitiert: Maurach, AT)
- Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1964 (zitiert: Maurach, BT)
- Glosse, JZ 1962, S. 380 ff.
- Mayer, Hellmuth Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln 1953 (zitiert: H. Mayer)

- Mezger, Edmund Anmerkung zu einem Urteil des OLG Köln vom 14. 12. 1951, NJW 1952, S. 437 f.
- Mezger, Edmund -
Blei, Hermann Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München und Berlin 1965 (zitiert: Mezger-Blei, AT)
- Mittermaier, W. Über den Begriff der Tat im Strafprozeß, ZStW 21, S. 230 ff.
- Nagel, Karl Der Verbrauch des Strafklagerechts beim fortgesetzten Delikt, Coburg (Diss. Erlangen) 1935 (zitiert: Nagel)
- Nagler, Johannes Rechtskraft und Ergänzungsklage im Strafprozeß, ZAkDR 1939, S. 371 ff. und S. 401 ff.
- Neuburger, L. Das fortgesetzte Verbrechen nach der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, Erlangen (Diss. Erlangen) 1896 (zitiert: Neuburger)
- Neumann, Heinrich Die Identität der Tat beim fortgesetzten und Kollektiv-Delikt, Hamburg (Diss. Tübingen) 1933 (zitiert: Neumann)
- Nickel, Hans-Joachim Der Begriff des fortgesetzten Delikts nach der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts und des Obersten Österreichischen Gerichtshofes unter Berücksichtigung des Entwurfs zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuche, Leipzig 1931 (zitiert: Nickel)
- Niese, Werner Empfiehlt sich die Einführung einer einheitlichen Strafe auch im Falle der Realkonkurrenz ? Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Bd., Gutachten der Strafrechtslehrer, S. 155 ff. (zitiert: Niese, Gutachten in Materialien, 1. Bd.)
- Noftz, Wolfgang Der Prozeßgegenstand im Strafverfahren in Fällen fortgesetzter Handlung und gleichartiger Verbrenchensmenge, Kiel (Diss. Kiel) 1965 (zitiert: Noftz)
- Nowakowski, Friedrich Fortgesetztes Verbrechen und gleichartige Verbrenchensmenge, Bonn 1950 (zitiert: Nowakowski)

- Oehler, Dietrich Die Identität der Tat, Festschrift für Ernst Rosenfeld, S. 139 ff., Berlin 1949 (zitiert: Oehler)
- Oetker, Friedrich Das fortgesetzte Delikt, ZAKDR 1937, S. 225 ff.
- Olshausen, J. Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Bd., 12. Aufl., neu bearbeitet von Hans Freiesleben, Max Hörchner, Carl Kirchner, Emil Niethammer, Berlin 1942 (zitiert: Olshausen)
- Ortloff Kein sog. fortgesetztes Verbrechen mehr ! GA 1876, S. 422 ff.
- Peters, Helmut Ne bis in idem bei Urteilen über fortgesetzte und Kollektivdelikte, Coburg (Diss. Erlangen) 1936 (zitiert: H. Peters)
- Peters, Karl Anmerkung zu einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18. 7. 1956, JZ 1957, S. 482 ff.
Anmerkung zu einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 3. 3. 1961, JZ 1961, S. 427
Einheitsstrafe bei Verbrechensmehrheiten, Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Eduard Kohlrausch, S. 199 ff., Berlin 1944 (zitiert: Peters, Festschrift für Ed. Kohlrausch)
Individualgerechtigkeit und Allgemeininteresse im Strafprozeß, Summum ius summa iniuria, Ringvorlesung der Tübinger Juristenfakultät im WS 1962/63, S. 191 ff., Tübingen 1963 (zitiert: Peters, Summum ius summa iniuria)
Strafprozeß. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Karlsruhe 1966 (zitiert: Peters, Lb.)
Zur Neuordnung des Strafverfahrens, ZStW 56, S. 34 ff.
- Pfuhz, Hans Helmut Die Sammelstraftat und fortgesetzte Handlung im Verhältnis zur einzelnen selbständigen Handlung, Weida (Diss. Jena) 1940 (zitiert: Pfuhz)
- Preiser Aufspaltung der Sammelstraftat, insbesondere der fortgesetzten Handlung, ZStW 58, S. 743 ff.

Preiser	Einheitsstrafe für eine Mehrheit gleichartiger Handlungen, Einzelstrafen für verschiedenartige Handlungen einer Mehrheit, ZStW 71, S. 341 ff.
Radbruch, Gustav	Rechtsphilosophie, 4. Aufl., herausgegeben von Erik Wolf, Stuttgart 1950 (zitiert: Radbruch)
Ramm, Harry	Durchbrechung der materiellen Rechtskraft im Strafprozeß, DStR 1939, S. 37 ff.
Reinicke, D.	Fortgesetztes Delikt und Verbrauch der Strafklage, NJW 1953, S. 1004 ff.
Rippich, Friedrich	Die verfahrensrechtlichen Auswirkungen der Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz nach geltendem und künftigem Recht, Strafr.Abh. Heft 352 (zitiert: Rippich)
Rosenberg, Leo	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1961 (zitiert: Rosenberg)
Roth-Stielow	Kritisches zur fortgesetzten Handlung, NJW 1955, S. 450 f.
Sarstedt, Werner	Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl., Essen 1962 (zitiert: Sarstedt)
Sauer, Wilhelm	Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin-Detmold-Köln-München 1951 (zitiert: Sauer, Prozeßrechtslehre)
Schirmeyer, Ludwig	Wesen und Voraussetzungen des fortgesetzten Verbrechens, Strafr.Abh. Heft 425 (zitiert: Schirmeyer)
Schlosky	Über Tateinheit und fortgesetztes Verbrechen, ZStW 61, S. 245 ff.
Schmidhäuser, Eberhard	Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, Festschrift für Eb. Schmidt, S. 511 ff., Göttingen 1961 (zitiert: Schmidhäuser)
Schmidt, Eberhard	Anmerkung zu einem Urteil des OLG Bremen vom 4. 5. 1950, JZ 1951, S. 21 ff. Anmerkung zu einem Urteil des OLG Düsseldorf vom 8. 12. 1949, SJZ 1950, Sp. 286 ff.

- Schmidt, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung
und zum Gerichtsverfassungsgesetz,
Teil I, 2. Aufl., Göttingen 1964
(zitiert: Eb. Schmidt, Lehrk. I)

Teil II, Göttingen 1957 (zitiert:
Eb. Schmidt, Lehrk. II)
- Schmidt, Wilhelm Für und Wider die strafrechtliche
reformatio in peius, JR 1950,
S. 193 ff.
- Schmitt, Rudolf Die Konkurrenz im geltenden und künf-
tigen Strafrecht, ZStW 75, S. 43 ff.
- Schönke, Adolf -
Schröder, Horst Strafgesetzbuch. Kommentar, 12. Aufl.,
München und Berlin 1965 (zitiert:
Schönke-Schröder)
- Schorn, Hubert Das Strafbefehls- und Strafverfügungs-
verfahren, Frankfurt a. M. 1962
(zitiert: Schorn)
- Schroeder, Friedrich-
Christian Die Zusammenrechnung im Rahmen von
Quantitätsbegriffen bei Fortsetzungs-
tat und Mittäterschaft, GA 1964,
S. 225 ff.
- Schröder, Horst Zur Rechtsnatur der falschen Anschul-
digung, NJW 1965, S. 1888 ff.
- Schubath, Ermanno Die Konstruktion des fortgesetzten
Verbrechens und die Rechtsprechung
des Reichsgerichts, JR 1951,
S. 341 ff.
- Schwab, Karl-Heinz Bindung des Strafrichters an rechts-
kräftige Zivilurteile ? NJW 1960,
S. 2169 ff.
- Schwarz, Otto Sammelstraftat und fortgesetzte Hand-
lung, ZAkDR 1938, S. 539 ff.
- Schwarz, Otto -
Dreher, Eduard Kurzkommmentar zum Strafgesetzbuch,
28. Aufl., München und Berlin 1966
(zitiert: Schwarz-Dreher)
- Schwarz, Otto -
Kleinknecht, Theodor Kurzkommmentar zur Strafprozeßordnung,
26. Aufl., München und Berlin 1966
(zitiert: Schwarz-Kleinknecht)

- Schwinge, Erich Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung, ZStW 52, S. 203 ff.
- Spendel, Günter Wahrheitsfindung im Strafprozeß, JuS 1964, S. 465 ff.
- Spinellis, Dionysios Die materielle Rechtskraft des Strafurteils, München (Diss. München) 1962 (zitiert: Spinellis)
- Stankiewicz, Alfons Die Bedeutung des fortgesetzten Verbrechens in prozessualer Hinsicht, München (Diss. Jena) 1930 (zitiert: Stankiewicz)
- Stock, Ulrich Das Ziel des Strafverfahrens, Festschrift für Edmund Mezger, S. 429 ff., München und Berlin 1954 (zitiert: Stock, Festschrift für Ed. Mezger)
- Strafprozeßrecht. Ein Grundriß, Tübingen 1952 (zitiert: Stock)
- Stoll, Kyrill Zur prozessualen Behandlung des fortgesetzten Verbrechens, Hamburg (Diss. Berlin) 1939 (zitiert: Stoll)
- Stratenwerth, Günter Zum Verbrauch der Strafklage bei Fortsetzungszusammenhang, JuS 1962, S. 220 ff.
- Voll, Gustav Referat und Leitsätze zum Thema Konkurrenzen, Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission, 2. Bd., Anhang Nr. 60, S. 165 ff. (zitiert: Voll, Niederschriften, 2. Bd.)
- Warda, Günter Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 1964, S. 81 ff.
- Wegener Anmerkung zu einem Urteil des Reichsgerichts vom 10. 7. 1933, JW 1933, S. 2271 f.
- Welzel, Hans Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, Berlin 1940 (zitiert: Welzel, AT)
- Das Deutsche Strafrecht, 9. Aufl., Berlin 1965 (zitiert: Welzel)

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

aaO.	am angegebenen Ort
AT	Allgemeiner Teil
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen, Neue Folge
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BT	Besonderer Teil
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DRechtsw.	Deutsche Rechtswissenschaft
DStR	Deutsches Strafrecht
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht
GS	Der Gerichtssaal
HESt	Höchststrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
JR	Juristische Rundschau
JurBl.	Juristische Blätter
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LK	Leipziger Kommentar
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagwerk des Bun- desgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen
OLG München	Sammlung von Entscheidungen des königl. Ober- landesgerichtes München in Gegenständen des Strafrechtes und Strafprozesses
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Straf- sachen

SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Strafr.Abh.	Strafrechtliche Abhandlungen
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechts- wissenschaft

A. E i n l e i t u n g

I. Zur Problematik um die fortgesetzte Handlung

Die fortgesetzte Handlung ist seit jeher eine der umstrittensten Figuren des materiellen Strafrechts. Die Diskussion um diesen Begriff nimmt im Schrifttum einen breiten Raum ein. Trotz der Fülle wissenschaftlicher Auseinandersetzungen wurde eine Einigung in den wesentlichen Punkten nicht erreicht. Es besteht nicht nur Streit über die Kriterien, die zur Annahme einer fortgesetzten Handlung erforderlich sind, sondern es herrscht auch keine Einigkeit darüber, ob man diese Form der Handlungseinheit beibehalten soll.

"Die größte Crux in unserem heutigen Konkurrenzrecht"¹⁾, "für die Strafrechtspflege untragbar"²⁾, hinweg damit "in die Rumpelkammer juristischer Destruktion"³⁾ rufen die einen, während andere das fortgesetzte Delikt als Spielart des allgemeinen Handlungsbegriffs und damit für die richtige Erfassung einer Erscheinungsform des Verbrechens als unentbehrlich ansehen.⁴⁾

Besonders die jüngsten Vorarbeiten zur Reform des Strafgesetzbuchs waren Anlaß, sich erneut mit Berechtigung und Notwendigkeit des Fortsetzungszusammenhangs auseinanderzusetzen.⁵⁾ Die beiden Referenten der Strafrechtskommission vertraten übereinstimmend die Auffassung, daß eine gesetzliche Normierung - wie sie der

1) R. Schmitt, ZStW 75, S. 61

2) Preiser, ZStW 71, S. 383 unten

3) Ortloff, GA 24, S. 426

4) So etwa Eb. Schmidt, SJZ 1950, Sp. 286 ff. (290); ähnlich Kohlrausch, ZAkDR 1938, S. 473

5) Vgl. dazu den Bericht über die sechste Arbeitstagung der großen Strafrechtskommission bei Dreher, ZStW 68, S. 71 ff. (90, 91), weiter Preiser, ZStW 71, S. 341 ff. und R. Schmitt, ZStW 75, S. 59 ff.

Entwurf 1936 in § 59 vorgeschlagen hatte - nicht in Betracht komme.¹⁾ Darüber hinaus haben sie sich sehr kritisch geäußert, von der kriminalpolitisch verfehlten Figur der fortgesetzten Handlung gesprochen, gegen deren Aufrechterhaltung erhebliche Bedenken bestünden.²⁾ So ist in den Reformarbeiten eine starke Tendenz in Richtung auf eine Aufgabe dieser Form der Handlungseinheit feststellbar.³⁾

Demgegenüber behauptet die fortgesetzte Handlung in der Rechtsprechung einen festen Platz. Eine unverhältnismäßig große Zahl von höchstrichterlichen Entscheidungen hat sich mit diesem Gebilde befaßt.⁴⁾ Es ist schlechterdings nicht vorstellbar, daß die Praxis bei der heutigen Form der Konkurrenzregelung, die im Prinzip von der jetzigen Konzeption des Entwurfs beibehalten wird⁵⁾, auf den Fortsetzungszusammenhang jemals verzichten könnte.

Fragt man nach dem Grund, der dem fortgesetzten Delikt eine derart gesicherte Stellung in der Judikatur gewährleistet, so ist eine Antwort in zweierlei Weise denkbar. Einmal könnte die Zusammenfassung mehrerer Tätigkeitsakte zu einer Handlung in diesem Sinne eine notwendige Konsequenz der tatsächlichen Beschaffenheit der Handlungskette sein, die es erst ermöglicht, diese Erscheinung richtig zu erfassen; zum anderen könnte es

1) Jescheck, Niederschriften, 2. Bd., Anhang S. 165 oben; Voll, Niederschriften, 2. Bd., S. 168. Die Schwierigkeiten einer Definition betont auch Niese, Gutachten in Materialien, 1. Bd., S. 162 f.

2) Jescheck und Voll, aaO.

3) Ablehnend auch Preiser, ZStW 71, S. 341 ff. und Schmitt, ZStW 75, S. 95 ff.; bereits früher Wegener, JW 1933, S. 2282.

4) Das betonen Preiser, ZStW 71, S. 346 und Schmitt, ZStW 75, S. 59.

5) Gemeint ist die Ablehnung der Einheitsstrafe; vgl. die Begründung in E. 1962 vor § 67, S. 189 f.

sich hierbei um eine bloße juristische Zweckschöpfung handeln, die ihre Existenz allein oder in erster Linie Erwägungen rechtlicher Zweckmäßigkeit verdankt. Zwar werden beide Ansichten vertreten; jedoch stehen der Auffassung, die das fortgesetzte Delikt als eine in sich geschlossene soziale Sinneinheit begreift, die funktional ein untrennbares Ganzes bilde und unter keinen Umständen in ihre Bestandteile aufgelöst werden könne¹⁾, Bedenken entgegen, von denen nur zwei ange-deutet werden sollen.

Wenn die fortgesetzte Straftat wirklich ein apriori-sches Gebilde wäre, dann läge es nahe, daß sie auch in anderen Rechtssystemen anerkannt wäre. Wie aber ein Vergleich zeigt, sucht man in anderen Rechtsord-nungen nach einer entsprechenden Rechtsfigur oft ver-geblich.²⁾ Weiter spricht die Tatsache gegen die Na-tur der fortgesetzten Handlung als wesensmäßig un-trennbares Ganzes, daß bei der Verletzung höchstper-sönlicher Rechtsgüter verschiedener Rechtsgutsträger Fortsetzungszusammenhang nicht anerkannt wird.³⁾ Der Grund dürfte darin liegen, daß die Fortsetzungstat eine Einheit aus Zweckmäßigkeitserwägungen ist, derartige Überlegungen aber dort zurückstehen müssen, wo der in jedem Einzelakt enthaltene Unrechtsgehalt eine Zu-sammenfassung nicht duldet.⁴⁾

So wird in der Rechtsprechung⁵⁾ und überwiegend auch

1) So vor allem Eb. Schmidt, SJZ 1950, Sp. 286 ff. (290) und Lehrk. I Rd. Nr. 303

2) Geerds, S. 485; R. Schmitt, ZStW 75, S. 60. Für das englische Recht Kielwein, ZStW 68, Mitteilungsblatt S. 46 ff.

3) Kohlrausch-Lange, Vorb. § 73 Anm. II B 1 b; Mau-rach, AT S. 632 f.; Schönke-Schröder, Vorb. § 73 Rd. Nr. 23

4) So RGSt 70, 243 (245)

5) Z. B. RGSt 66, 45 (48); 70, 243 (244); BGHSt 3, 165 (167 f.); 5, 136 (138)

im Schrifttum¹⁾ anerkannt, daß die fortgesetzte Handlung eine Zweckschöpfung ist. Bereits in RGSt 17, 227 (228) wurde von einer "lediglich juristischen Fiktion", von der "juristisch fingierten Deliktseinheit" des fortgesetzten Delikts gesprochen. Und im gleichen Sinn führt der Bundesgerichtshof²⁾ aus: "Der Fortsetzungszusammenhang faßt ein Geschehen, das sich gedanklich ebensowohl als eine Mehrheit von Taten auffassen ließe, zu einer gedachten Einheit zusammen. Das geschieht nicht um einer Denknöwendigkeit willen."

Wenn die Zusammenfassung von Einzelakten nicht notwendig aus der Beschaffenheit der zu verbindenden Tätigkeitsmomente folgt, dann müssen gewichtige Argumente vorhanden sein, die trotz aller Schwierigkeiten und mancher Unzulänglichkeiten die Konstruktion des Fortsetzungszusammenhangs als unentbehrlich erscheinen lassen. Von den vier Punkten, die hier genannt werden, nämlich die Möglichkeit einer gerechten Bestrafung, Erleichterung bei der Feststellung des Sachverhalts, Befreiung vom Zwang der Einzelstrafenfestsetzung und Erfordernisse der Rechtskraftwirkung, hat jedenfalls der erste heute keine Bedeutung mehr.

Daß die fortgesetzte Handlung erforderlich sei, um eine gerechte Bestrafung zu ermöglichen, ist ein nur geschichtlich zu verstehendes Argument.

Die Entstehung der Fortsetzungstat ist zurückzuführen auf das uneingeschränkte Kumulationsprinzip.³⁾ Nach dem Grundsatz: *quot crimina, tot poenae*, mußten - da

1) Baumann, S. 612; D. und U. Mann, ZStW 75, S. 257; Maurach, AT S. 627 f.; Peters, JZ 1957, S. 482; R. Schmitt, ZStW 75, S. 59 f.; Preiser, ZStW 71, S. 345 spricht nicht von einem Zweckmäßigkeits-, sondern sogar von einem "Verlegenheitsprodukt".

2) BGHSt 5, 136 (138)

3) Doerr, GS 71, Beilageheft, S. 12 (Doerr gibt einen eingehenden Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Begriffs des fortgesetzten Verbrechens, S. 8 ff.) Honig, Studien, S. 62 f.; Nickel, S. 8 f.

eine Regelung entsprechend § 74 StGB unbekannt war - die verhängten Einzelstrafen addiert werden. Das führte besonders in den Fällen zu sehr ungerechten Ergebnissen, in denen eine Mehrzahl objektiv gleichartiger Akte auf Grund eines Gesamtplanes an demselben Objekt begangen wurde. Um diese unerwünschte Konsequenz zu umgehen, faßte man die mehreren Einzelbetätigungen zu sog. *delicta continuata* zusammen und sprach nur eine Strafe aus. Dieser Gesichtspunkt hat seine Berechtigung heute verloren, da es nach § 74 StGB möglich ist, denselben Erfolg über die Bildung einer Gesamtstrafe zu erreichen. Zwar wird auch trotz der Existenz des § 74 StGB vereinzelte als Argument für das fortgesetzte Delikt vorgebracht, daß dieser Begriff eine "richtige Schuldbewertung" und damit eine gerechte Bestrafung erst ermögliche.¹⁾ Die überwiegende Meinung wirft indes - in entgegengesetzter Argumentation - der Konstruktion des Fortsetzungszusammenhangs in der Form, wie ihn die Rechtsprechung vertritt²⁾, vor, daß dadurch der Sinn der Strafe in sein Gegenteil verkehrt werde³⁾: Der überlegt vorausplanende Täter werde privilegiert, dagegen derjenige benachteiligt, der nur eine Straftat wolle, aber immer wieder der Versuchung erliege. Da diese Konsequenz jedoch dadurch gemildert werden kann, daß der Richter bei Festsetzung der Strafe einen Ausgleich schafft⁴⁾, spielt die Frage nach einer gerechten Bestrafung in diesem Zusammenhang bei der Diskussion um den Fortsetzungszusammenhang keine ausschlaggebende

1) H. Mayer, S. 408. In dieser Richtung auch BGHSt 3, 165 (167 f.): Für die Zusammenfassung sei u. a. maßgebend, "durch die Gewährleistung gerechter Ergebnisse den Bedürfnissen des Lebens entgegenzukommen."

2) Dazu Näheres unten II.

3) So ausdrücklich Maurach, AT S. 629 und JZ 1962, S. 382 (Glosse); Schönke-Schröder, Vorb. § 73 RdNr. 29

4) So BGH, JR 1953, S. 430 (431)

Rolle.

Ein auch heute noch gültiges Argument für den Fortsetzungszusammenhang ist darin zu sehen, daß bei bestimmten Fallgestaltungen die zu einer Verurteilung notwendige Sachverhaltsfeststellung erleichtert wird. Das wird freilich fast durchweg in Abrede gestellt. Vertrat man früher die Ansicht, zur Verurteilung wegen einer fortgesetzten Handlung sei es nicht erforderlich, jede Einzelhandlung genau zu eruieren, sondern es genüge dazu die Festlegung von Anfang, Fortsetzung und Schluß der Tätigkeitsakte¹⁾, nimmt die Rechtsprechung nunmehr einen gegenteiligen Standpunkt ein.²⁾ Wenn die Strafbarkeit eines Einzelaktes nicht ermittelt werde, so bleibe ungewiß, ob er Bestandteil der Gesamttat sei oder nicht. Die Berücksichtigung solcher Akte bei der Strafzumessung bedeute, daß eine Strafe ausgeworfen werde für eine Tat, die in ihrem verbrecherischen Gehalt nur geschätzt, nicht aber exakt festgestellt sei; das Strafmaß werde auf Verdacht bemessen. Ein derartiges Verfahren verstoße auch gegen die Bestimmung des § 267 Abs. I S. 1 StPO, die verlange, daß "die Urteilsgründe die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben" müßten.

Sicher ist richtig, daß ein Urteil nicht mit Erwiesenem nicht Erwiesenes zusammenfassen darf.³⁾

Die bloße Festlegung von Anfang, Fortsetzung und Schluß der Teilakte kann deshalb zur Verurteilung wegen einer Fortsetzungstat nicht ausreichen. Jedoch gibt es Sachgestaltungen, in denen das Täterverhalten wegen Schwierigkeiten in der Sachverhaltsfeststellung nicht umfassend

1) Von Hippel, S. 536; H. Mayer, S. 408. Ebenso das Reichsgericht in JW 1929, S. 1053 f.

2) BGH GA 1965, S. 92; ebenso die spätere Rechtsprechung des Reichsgerichts, RGSt 70, 145 (150); 72, 164 (168); einschränkend allerdings BGH GA 1965, S. 182 f. Aus der Literatur Alsberg, JW 1929, S. 1054; Jescheck, ZStW 67, S. 553

3) Jescheck, aaO.

abgeurteilt werden könnte, wenn man nicht auf die Rechtsfigur der fortgesetzten Handlung zurückgreifen könnte. Das ist immer dann der Fall, wenn feststeht, daß der Täter einen bestimmten Gesamterfolg mit Gesamtvorsatz in gleichartiger Weise herbeigeführt hat, sich die Zahl und gegebenenfalls der jeweilige Umfang der Einzelakte aber nicht mehr feststellen lassen. Beschließt z. B. jemand am Anfang des Winters, seinen Kohlenbedarf dadurch zu decken, daß er ein Kohlenlager nach und nach ausräumt, dann läßt sich im Frühjahr, wenn die Tat entdeckt wird, die von ihm weggenommene Gesamtmenge u. U. leicht bestimmen; möglicherweise kann aber nicht mehr geklärt werden, wie oft er eingebrochen ist und wie groß die jeweils entwendete Menge war. In solchen Fällen ist eine Verurteilung wegen einer fortgesetzten Handlung im Hinblick auf den Gesamterfolg zulässig, obwohl die Teilakte nicht mehr im einzelnen rekonstruierbar sind. Das ist weder eine Bestrafung auf Verdacht, weil die zurechenbare Gesamtmenge feststeht und eine genauere Ermittlung der Einzelakte das Strafmaß nicht zum Vorteil des Angeklagten beeinflussen könnte, noch kann hierin ein Verstoß gegen § 267 Abs. I S. 1 StPO gesehen werden.¹⁾ Insoweit ist das Argument, daß die Figur der fortgesetzten Handlung das Maß der zu einer Verurteilung erforderlichen Sachverhaltsfeststellung beschränkt, auch heute gültig. Steht der zurechenbare Gesamterfolg dagegen nicht fest, so ist das Gericht gehalten, nach Möglichkeit die Zahl der Teilhandlungen, den Zeitpunkt ihrer Begehung und die sonst für die Schuld- und Straffrage bedeutsamen Umstände zu ermitteln.

Die Feststellung der Zahl der Teilhandlungen und der

1) In derartigen Fällen wird man es auch als zulässig ansehen können, daß das Gericht von der vollständigen Ermittlung sämtlicher Teilakte absieht, wenn dies zwar möglich erscheint, aber nur unter sehr großen Schwierigkeiten erreicht werden kann.

näheren Umstände ihrer Begehung ist erforderlich, um den Schuldumfang bewerten und die Strafe bemessen zu können. Der Zeitpunkt der einzelnen Akte kann für die Frage nach dem Strafklageverbrauch von Wichtigkeit sein, wenn nach der Verurteilung weitere Tatbestandsverwirklichungen hervortreten.¹⁾ Hinsichtlich der Feststellung des Zeitpunktes der einzelnen Teilakte wird jedoch dann eine Einschränkung zu machen sein, wenn sich sämtliche Akte der fortgesetzten Handlung gegen den gleichen Rechtsgutsträger richten. Steht etwa fest, daß ein Täter in einer Vielzahl von Fällen entsprechend seinem Gesamtvorsatz Unzuchtshandlungen an dem gleichen Kind vorgenommen hat, so ist zur Verurteilung wegen eines fortgesetzten Delikts nicht erforderlich, daß der Zeitpunkt sämtlicher Einzelhandlungen ermittelt wird. Hier genügt es, wenn das Gericht feststellt, daß sich der Angeklagte in einem genau abgegrenzten Zeitraum in einer zu bestimmenden Mindestzahl von Fällen in gleicher Weise an dem Kind vergangen hat. Diese Einschränkung rechtfertigt sich daraus, daß bei derartigen Sachgestaltungen Zweifel über den Umfang der Rechtskraftwirkung des Urteils nicht auftreten können.

1) Wie noch im einzelnen darzulegen sein wird, verbraucht die Verurteilung wegen einer fortgesetzten Handlung die Strafklage für sämtliche Einzelakte, die in den Fortsetzungszusammenhang fallen, so daß auch solche Teilhandlungen, die erst nach der Verurteilung bekannt werden, einer neuen Aburteilung nicht zugänglich sind. Jedoch ist es möglich, daß die später hervorgetretenen Tatbestandsverwirklichungen - trotz ihrer Ähnlichkeit mit den im ersten Verfahren behandelten - der abgeteilten fortgesetzten Handlung nicht zugehören. In diesem Fall ist eine erneute Strafverfolgung zulässig. Wenn in das erste Urteil aber fälschlicherweise strafbare Verhaltensweisen einbezogen wurden, die nach der zutreffenden Würdigung des zweiten Richters der abgeteilten Fortsetzungstat nicht zuzurechnen waren, dann darf der spätere Richter diese wegen des Grundsatzes ne bis in idem dennoch nicht mehr berücksichtigen, weil der Angeklagte insoweit bereits verurteilt ist. Um die Feststellung treffen zu können, welche Verhaltensweisen dem ersten Urteil zugrunde liegen, ist in der Regel auch die Angabe des Zeitpunktes der Begehung erforderlich.

Nach der herrschenden Meinung, die diese Erwägung nicht anerkennt, sondern auf dem Standpunkt steht, jeder Einzelfall müsse ebenso sorgfältig wie jede andere für die Schuld- oder Straffrage bedeutsame Tatsache geprüft werden¹⁾, liegt der entscheidende Grund für die Existenz der Fortsetzungsstat in der Notwendigkeit einer vereinfachten Strafenbildung.²⁾

Das fortgesetzte Delikt besteht aus einer Kette tatbestandserfüllender Einzelakte; würde man jedes Glied dieser Kette als selbständige Handlung begreifen, dann müßte nach den Regeln der Handlungsmehrheit für jeden Akt eine Einzelstrafe ausgeworfen und daraus nach § 74 StGB eine Gesamtstrafe gebildet werden. Wie das Reichsgericht gesagt hat, würde dies "als eine lästige, überflüssige und wunderlich anmutende Arbeit erscheinen".³⁾

Diese Prozedur wird durch die Annahme einer Handlung verhindert; denn für die Gesamtheit aller in den Zusammenhang gehörenden Teilstücke ist dann nur eine Strafe auszusprechen.

Sieht man in der Möglichkeit einer vereinfachten Strafenbildung die einzige Rechtfertigung der fortgesetzten Handlung - wie etwa R. Schmitt, nach dem der Fortsetzungszusammenhang "nichts anderes als eine zur Vermeidung des § 74 aufgestellte Fiktion", eine "Konstruktion zur 'Entleerung' des § 74" ist⁴⁾ -, dann spricht das für eine möglichst weite Fassung dieses Begriffs⁵⁾; denn ein Bedürfnis, das umständliche Verfahren der Einzelstrafenbildung nach § 74 StGB zu vermeiden, besteht nicht nur, wenn der Täter einen von vornherein geplanten Gesamterfolg sukzessiv verwirklicht, sondern auch, wenn er der Ver-

1) So Jescheck, ZStW 67, S. 553; vgl. weiter oben S. 6, Fußn. 2

2) Graf zu Dohna, DStR 1942, S. 21; Maurach, AT S. 627; R. Schmitt, ZStW 75, S. 59 f.; Schönke-Schröder, Vorb. § 73 RdNr. 16

3) So die viel zitierte Entscheidung RGSt 70, 243 (244)

4) ZStW 75, S. 60 und S. 59

5) D. und U. Mann, ZStW 75, S. 254

suchung immer wieder unterliegt und in objektiv gleichartiger Weise denselben Tatbestand mehrmals erfüllt.¹⁾

Die Notwendigkeit einer vereinfachten Strafenbildung wird deshalb nicht nur als Argument für den Fortsetzungszusammenhang schlechthin gebraucht, sondern gewinnt bei dem Streit um den Umfang des Begriffs der fortgesetzten Handlung eine wichtige Bedeutung.²⁾

Ebenso verhält es sich mit dem weiteren, gleichfalls aus dem prozessualen Bereich stammenden Grund für die Anerkennung des fortgesetzten Delikts, nämlich seinen Folgen im Rahmen der Rechtskraft. Um das verständlich werden zu lassen, muß hier bereits andeutungsweise auf den Grundsatz eingegangen werden, von dem die Problematik des Strafklageverbrauchs beim Fortsetzungszusammenhang ausgeht.

Der Umfang des Strafklageverbrauchs eines Strafurteils wird bestimmt von der Tat i. S. des § 264 StPO.³⁾ Der Begriff der Tat ist prozessualer Natur und muß von dem der Handlung des materiellen Strafrechts unterschieden werden. Die Selbständigkeit der beiden Begriffe prozessuale Tat und Handlung ist jedoch nach ganz herrschender Ansicht insoweit eingeschränkt, als eine Handlung niemals eine Mehrheit von Taten bilden kann. Was i. S. der materiell-rechtlichen Handlungslehre als Einheit zu werten ist, muß nach dieser Meinung auch im prozessualen Bereich immer eine Einheit sein.⁴⁾

1) Eine weitere Konsequenz dieser Auffassung (Umgehung des § 74 StGB als einziger Zweck der fortgesetzten Handlung) ist, daß der Begriff des Fortsetzungszusammenhangs bei Einführung der Einheitsstrafe überflüssig würde. So Geerds, S. 498; Jescheck, Niederschriften, 2. Bd., Anhang S. 165; Preisler, ZStW 71, S. 364; R. Schmitt, ZStW 75, S. 184

2) Hierauf ist im Rahmen der subjektiven Erfordernisse der Fortsetzungstat näher einzugehen.

3) Vgl. statt aller Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 287

4) KMR, § 264 Anm. 4a; Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 10 B 3 (S. 86); Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 302; Schwarz-Kleinknecht, § 264 Anm. 2

Da somit alle in einen Fortsetzungszusammenhang fallenden Einzelakte als Bestandteile einer Handlung auch derselben Tat angehören, erledigt die rechtskräftige Verurteilung wegen eines fortgesetzten Delikts alle vor dem Urteil liegenden Teilakte, gleichgültig, ob das Gericht sie berücksichtigt hat oder nicht.¹⁾ Diese verfahrensrechtliche Konsequenz der materiell-rechtlichen Zusammenfassung der Teilhandlungen zu einer Einheit sieht man als Vorteil an, weil dadurch erst dem Grundsatz ne bis in idem zu praktischer Bedeutung verholfen werde.²⁾

Doch liegt hier eine mit dem Begriff des Fortsetzungszusammenhangs verbundene Gefahr. Wenn nämlich ein Großteil der Einzelakte im Verfahren dem Gericht nicht bekannt war und der Verurteilung nur ein geringer Teil der Handlungskette zugrunde liegt, dann kann der eigentliche Schwerpunkt der Gesamttat nicht mehr berücksichtigt werden und der Täter entgeht auf diese Weise einer schuldangemessenen Bestrafung. Die Gefahr derartiger Verurteilungen auf Grund nur eines Ausschnittes aus der gesamten Fortsetzungstat ist um so größer, je weiter der Begriff gefaßt wird. Um die Quote solcher Entscheidungen möglichst niedrig zu halten, ist es notwendig, durch ein geeignetes Kriterium eine zu weitgehende Ausdehnung des Begriffs der fortgesetzten Handlung zu verhindern und

1) Ständige Rechtsprechung: RGSt 9, 344 (347 ff.); 36, 42 (43 ff.); 44, 392 (398); 47, 397 (400); 51, 247 (251); 253 (254); 66, 45 (50); 72, 211 (213); BGHSt 6, 92 (95); 15, 268 (270). Literaturnachweise bei Geerds, S. 414 Fußn. 980, der selbst eine andere Ansicht vertritt, S. 415; ebenso anderer Meinung Henkel, S. 446 f.; D. und U. Mann, ZStW 75, S. 258 und S. 263; Peters, Lb. S. 442

2) BGHSt 5, 136 (138); Jescheck, ZStW 67, S. 553; H. Mayer, S. 408; Maurach, AT S. 628

die notwendige Beschränkung zu gewährleisten.¹⁾ Die Rechtsprechung hat das mit dem subjektiven Erfordernis des Gesamtvorsatzes versucht.²⁾

Daß damit eine befriedigende Behandlung des Strafklageverbrauchs bei der fortgesetzten Handlung erreicht werden kann, wird von einigen Autoren entschieden in Abrede gestellt.³⁾ Sie weisen darauf hin, daß auch der in dieser Form beschränkte Fortsetzungszusammenhang zu untragbaren Rechtskraftkonsequenzen führe⁴⁾, und sehen in dem Grundsatz des sich auf alle Teilakte erstreckenden Strafklageverbrauchs nicht einen Grund für den Fortsetzungszusammenhang, sondern eine unerwünschte, nach Möglichkeit zu umgehende Folge.⁵⁾

In diesen Erwägungen ist der Ausgangspunkt für die Diskussion um den Rechtssatz ne bis in idem bei der fortgesetzten Handlung zu sehen. Von allen Problemen, die der Fortsetzungszusammenhang auf prozessualer Ebene aufwirft, wie z. B. Fragen der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit, des Strafantrags, der Verjährung, der Amnestie

-
- 1) Vgl. RGSt 66, 236 (239): "Die bei den Tatrichtern ... vielfach übliche weite Ausdehnung des Begriffs des Fortsetzungszusammenhanges kann schon im Hinblick darauf nicht gebilligt werden, daß durch die rechtskräftige Verurteilung wegen einer fortgesetzten Straftat die Strafklage hinsichtlich aller - auch der dem Gericht nicht bekannt gewordenen - in den Fortsetzungszusammenhang fallenden Einzelhandlungen verbraucht wird."
 - 2) BGHSt 1, 313 (315); 2, 163 (167); 15, 268 (271); 16, 124 (128) im Anschluß an die ständige Rechtsprechung des RG.
 - 3) Buchholz, S. 62; Geerds, S. 414; Litzenberg, S. 37; D. und U. Mann, ZStW 75, S. 254; Preiser, ZStW 58, S. 771 und ZStW 71, S. 347 ff.; R. Schmitt, ZStW 75, S. 60; Stoll, S. 68 f.
 - 4) Besonders wird hier auf BGHSt 6, 122 ff. hingewiesen, wo der Angeklagte wegen 7 fortgesetzt begangener Betrügereien verurteilt wurde, die fortgesetzte Handlung aber 226 Einzelakte umfaßte.
 - 5) So betonen D. und U. Mann, ZStW 75, S. 260, Fußn. 33, im Anschluß an von Hippel, S. 544, daß der Grundsatz des umfassenden Strafklageverbrauchs nicht ein Grund für die Anerkennung, sondern eine Rechtsfolge des fortgesetzten Delikts sei; die andere Auffassung verwechsle Entstehungsgrundlage und Wirkung.

u. a. mehr¹⁾, nimmt das des Strafklageverbrauchs die zentrale Stellung ein. Verschiedene, von der herrschenden Meinung abweichende Lösungen, die entweder speziell auf die fortgesetzte Straftat zugeschnitten sind²⁾ oder aber allgemein eine andersartige Behandlung der Rechtskraftproblematik im Strafverfahren zu erreichen suchen³⁾, wurden vorgeschlagen.

Gemeinsam ist all diesen Bestrebungen, daß sie von Wertungsgesichtspunkten entscheidend beeinflußt werden.⁴⁾ Die These vom umfassenden Strafklageverbrauch bezüglich aller Einzelakte ist - jedenfalls im Grundsatz - eindeutig, weil sich danach das Verbot des bis in idem auf den gesamten Umfang der fortgesetzten Handlung bezieht. Sie verhindert weiter, daß der Täter dauernd der Gefahr von - möglicherweise unbegründeten - Nachanklagen von Einzelakten ausgesetzt ist. Damit dient sie dem Gedanken der Rechtssicherheit, der einen praktikablen Maßstab erfordert und gewährleisten soll, daß der Angeklagte wegen "derselben" Sache nicht immer wieder vor Gericht gestellt werden kann.⁵⁾

Die Kehrseite ist allerdings, daß mitunter ungerechte, den Täter unverdientermaßen privilegierende Entscheidungen hingenommen werden müssen. Dies vermag ein eingeschränktes Wiederholungsverbot zu mildern, weil hier

-
- 1) Zu diesen Fragen Stoll, S. 24 ff.
 - 2) Insbesondere Buchholz, S. 68 ff.; D. und U. Mann, ZStW 75, S. 256 ff.; Dietr. Mann, S. 57 ff.
 - 3) Geerds, S. 359 ff. und S. 413 ff.; Henkel, S. 446 f.; Peters, Lb. S. 439 ff.; Vogler, S. 90 ff.
 - 4) Vgl. zu dem Verhältnis von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit bei der Rechtskraft Busch, ZStW 68, S. 3 f.; Henkel, S. 440 f.; Dietr. Mann, S. 40 ff.; Oehler, S. 139 ff.; Peters, Lb. S. 437; Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 10 B 3 c (S. 87 ff.); Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 312; Spinnellis, S. 97
 - 5) Z. T. abweichend Oehler, S. 141 f., der die Meinung vertritt, daß gerade ein enger Tatbegriff der Rechtssicherheit entgegenkomme.

die Gefahr gering ist, daß zunächst unentdeckt gebliebene Teilakte nicht mehr abgeurteilt werden können. Erwägungen der Gerechtigkeit legen deshalb eine Beschränkung des Strafklageverbrauchs nahe.

Da sich die Auseinandersetzung um den Strafklageverbrauch bei der fortgesetzten Handlung in dem Spannungsfeld von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit bewegt, wird die Entscheidung verschieden ausfallen, je nach dem Gewicht, das man diesen Werten beimißt. Wer der Rechtssicherheit einen hohen Rang einräumt, wird eher geneigt sein, im Einzelfall ein ungerechtes Urteil hinzunehmen, als derjenige, der die Gerechtigkeit auch dort verwirklicht sehen will, wo dies nur auf Kosten der Rechtssicherheit durchführbar ist. Deutlich wird das insbesondere daran, daß in der Zeit des 3. Reiches, in der eine starke Tendenz gegen Rechtssicherheitserwägungen erkennbar war, mit einer allgemeinen Polemik gegen die Rechtskraft vor allem auch Angriffe auf die Rechtskraftkonsequenzen bei der fortgesetzten Handlung verbunden waren.¹⁾ Ihnen liegt die Auffassung zugrunde, daß die "materielle" Gerechtigkeit den Vorrang vor der nur "formalen" Rechtssicherheit immer dann haben müsse, wenn eine Entscheidung das Rechtsempfinden in schwerer Weise verletzen würde.²⁾

Obwohl derartige Vorstellungen heute keine Geltung mehr beanspruchen können³⁾, und bei der Verweisung auf damaliges Schrifttum Vorsicht geboten erscheint, können

1) Freisler, DStR 1935, S. 172; Litzenberg, S. 41; Nagler, ZAkDR 1939, S. 403; Peters ZStW 56, S. 58; Stoll, S. 69. Vgl. auch die Dissertation von Nagel, Der Verbrauch des Strafklagerechts beim fortgesetzten Delikt, 1935, und H. Peters, Ne bis in idem bei Urteilen über fortgesetzte und Kollektivdelikte, 1936.

2) So auch OLG München, DJ 1938, S. 724 f.

3) Schäfer in Löwe-Rosenberg, Kap. 10 B 3 c (S. 88)

die Ergebnisse, zu denen jene Ansichten gelangten, nicht von vornherein abgelehnt werden, da sie auch heute - freilich mit anderer Begründung - teilweise vertreten werden.¹⁾ Die erneut aufgeflamnte Diskussion um den Strafklageverbrauch bei der fortgesetzten Handlung zeigt, daß dieses Problem nicht isoliert zu sehen ist, sondern in dem großen Zusammenhang der Suche nach einem harmonischen Ausgleich zwischen den beiden Werten der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit steht und damit "an die Grenze allen Strafrechts und allen Strafprozeßrechts überhaupt"²⁾ stößt. Hieraus erklärt sich die Tatsache, daß trotz der Fülle wissenschaftlicher Auseinandersetzungen und Urteile eine Annäherung der Standpunkte nicht erreicht wurde, vielmehr immer wieder die gegensätzlichsten Auffassungen vertreten wurden³⁾ und auch die Rechtsprechung keinen ganz klaren Kurs zu steuern vermochte.⁴⁾ Von der Erkenntnis, daß bei dem Bemühen um eine Lösung eine endgültige Entscheidung wohl kaum erreicht, bestenfalls zur Klärung einzelner Aspekte beigetragen werden kann, geht auch diese Arbeit aus.

Bevor im Folgenden auf die prozessualen Fragen eingegangen wird, sollen zunächst die materiell-rechtlichen Voraussetzungen, die nach herrschender Meinung zur Annahme einer fortgesetzten Handlung erforderlich sind, dargestellt werden. Das erscheint notwendig, weil die Rechtskraftproblematik der Fortsetzungstat ihren Grund weitgehend gerade in der sachlich-rechtlichen Figur des fortgesetzten Delikts hat und diese deshalb den Ausgangspunkt für die prozessualen Erörterungen bildet,

1) Insbesondere Geerds, S. 413 ff.; D. und U. Mann, ZStW 75, S. 256 ff.

2) Oehler, S. 139

3) Vgl. einerseits Stratenwerth, JuS 1962, S. 220 ff., der den Umfang des Strafklageverbrauchs bei bestimmten Fallgestaltungen noch weiter als die herrschende Meinung erstreckt, andererseits D. und U. Mann, ZStW 75, S. 256 ff. und Geerds, S. 413 ff., der der von der herrschenden Meinung vertretenen Auffassung vorwirft, sie führe "zu einem ganz unverständlichen Privileg für den Rechtsbrecher."

4) Hier ist besonders BGHSt 15, 268 ff. (dazu Stratenwerth, JuS 1962, S. 220 ff.) zu nennen. Siehe eingehend unten.

II. Die Voraussetzungen der fortgesetzten Handlung nach herrschender Meinung¹⁾

Der Fortsetzungszusammenhang ist dadurch gekennzeichnet, daß eine Mehrheit gleichartiger Tätigkeitsakte eines Täters zu einer Handlungseinheit verbunden werden soll, obwohl jede Einzelhandlung für sich bereits einen strafrechtlichen Tatbestand verwirklicht. Diese Erscheinung findet sich auch bei der natürlichen Handlungseinheit.²⁾ Wenn z. B. der Dieb in unmittelbarem Zusammenhang durch mehrere Griffe eine Anzahl von Sachen wegnimmt, dann erfüllt jeder Griff alle Merkmale des Tatbestandes und könnte als selbständiger Diebstahl qualifiziert werden. Dennoch wird hier das gesamte Verhalten des Täters als eine Handlung beurteilt. Da die Verwirklichung eines Tatbestandes durch eine Mehrzahl von Einzelakten der Ausgangspunkt sowohl für die fortgesetzte Handlung als auch für eine Form der natürlichen Handlungseinheit ist, müssen diese beiden Erscheinungen gegeneinander abgegrenzt werden.³⁾

Kriterium ist die räumliche und zeitliche Differenz, die

1) Vgl. aus dem umfangreichen Schrifttum etwa: Buchholz, Die Selbständigkeit der Einzelakte beim fortgesetzten und Kollektivdelikt; Doerr, Das fortgesetzte Verbrechen; Kohler, Der Begriff der fortgesetzten Missetat, GA 53, S. 153 ff.; Kriesten, Der Fortsetzungszusammenhang; Nickel, Der Begriff des fortgesetzten Delikts nach der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts und des Österreichischen Obersten Gerichtshofes; Nowakowski, Fortgesetztes Verbrechen und gleichartige Verbrechensmenge; Pfuhz, Die Sammelstraftat und fortgesetzte Handlung im Verhältnis zur einzelnen selbständigen Handlung; Schirmeyer, Wesen und Voraussetzungen des fortgesetzten Verbrechens; Schlosky, Über Tateinheit und fortgesetztes Verbrechen, ZStW 61, S. 245 ff.

2) Dazu Warda, JuS 1964, S. 83 f. mit Nachweisen und Beispielen

3) RGSt 74, 375 (377). Frank, § 74 Anm. V 2 c (S. 238 f.); Geerds, S. 296 f.; Honig, Studien S. 61 ff.; Schmitt, ZStW 75, S. 59; Warda, JuS 1964, S. 85

die mehreren Teilakte voneinander trennt. Eine natürliche Handlungseinheit ist anzunehmen, wenn das strafbare Verhalten des Täters in einem solch engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang steht, daß es sich nach der Lebensauffassung auch für einen Dritten als einheitlich zusammengehöriges Tun darbietet.¹⁾ Erst wenn eine derartige Einheit nicht mehr zu bejahen ist, ist Raum für die Annahme einer fortgesetzten Handlung. Diese muß also derart gestaltet sein, daß bei natürlicher Betrachtung im äußeren Erscheinungsbild von einem einheitlichen Verhalten nicht gesprochen werden kann, obwohl die Einzelakte objektive und subjektive Gemeinsamkeiten aufweisen, die ihnen einen gewissen Seriencharakter verleihen und ihre Zusammenfassung ermöglichen. Somit stellt sich die natürliche Handlungseinheit als ein "nach Ort und Zeit komprimierter Fortsetzungszusammenhang"²⁾ dar, während das fortgesetzte Delikt als eine "Überdehnung" der natürlichen Handlungseinheit³⁾ erscheint.

Nach der heute weitgehend vertretenen Auffassung⁴⁾ müssen die Teilhandlungen sowohl objektive wie subjektive Merkmale aufweisen, damit sie zu einer fortgesetzten Handlung verbunden werden können, wobei der Schwerpunkt der Meinungsverschiedenheiten bei den subjektiven Erfordernissen liegt.

1) Warda, JuS 1964, S. 83 mit Nachweisen in Fußn. 18; kritisch Maiwald, S. 66 ff.

2) Hartung, SJZ 1949, Sp. 66

3) Voll, Niederschriften, 2. Bd., S. 166

4) Dagegen wurden früher hinsichtlich der Voraussetzungen des fortgesetzten Delikts entgegengesetzte Auffassungen befürwortet. Die einen wollten allein auf die subjektive Seite, die Absicht des Täters abstellen, die anderen hielten ausschließlich objektive Umstände für maßgeblich. Vgl. dazu Doerr, S. 19 ff.; Geerds, S. 300; Nickel, S. 9 ff.

1. Objektive Voraussetzungen

Auf der objektiven Seite verlangt man zur Kontraktion mehrerer Teilhandlungen zu einem Fortsetzungszusammenhang drei Merkmale, nämlich Verwirklichung desselben Deliktstatbestandes (a), Verletzung oder Gefährdung des gleichen Rechtsguts (b) und Gleichartigkeit der tatsächlichen Begehungsweise (c).¹⁾ Die Bezeichnungen hierfür sind im einzelnen freilich recht unterschiedlich.²⁾ Häufig werden die Kriterien a) und b) zusammengefaßt und etwa als "Gleichartigkeit der Rechtsgutsverletzung" bezeichnet.³⁾ In der Sache besteht jedoch weitgehend Einigkeit.

a) Verwirklichung desselben Deliktstatbestandes

Eine fortgesetzte Handlung ist nur möglich, wenn alle Einzelakte demselben Deliktstypus unterfallen.⁴⁾ Das ist in der Regel dann der Fall, wenn die Teilhandlungen gegen das gleiche Strafgesetz verstoßen. Doch ist die Verwirklichung desselben gesetzlichen Tatbestandes (im formellen Sinn) weder immer ausreichend noch notwendig. Entscheidend ist vielmehr, ob die zusammenzufassenden Akte unter Strafgesetze zu subsumieren sind, denen das nämliche strafrechtliche Verbot zugrunde liegt und die

1) Z. B. Kriesten, S. 71 ff.; Mezger-Blei, AT S. 286 f.; Schönke-Schröder, Vorb. § 73 RdNr. 20 ff.

2) Vgl. Kriesten, S. 71 Fußn. 2

3) Geerds, S. 301 ff. Vgl. weiter (in der Bezeichnung z. T. abweichend) Baumann, S. 614 ff.; Doerr, S. 109 ff.; Jagusch in Lk, Vorb. § 73 B III 2 f bb (S. 590 ff.); Maurach, AT S. 632 f.; H. Mayer, S. 409 f.; Nowakowski, S. 19 ff.; Schirmeyer, S. 71 ff.; Schwarz-Dreher, Vorb. § 73 Anm. 3 A b und c; Welzel, S. 206; Nachweise über die Rechtsprechung des RG bei Nickel, S. 38 ff.

4) Aus der Rechtsprechung z. B. RGSt 51, 305 (308); 55, 129 (134 f.); 57, 140; 64, 17 (20); 274 (279); BGHSt 12, 146 (147)

somit als Ausgestaltung desselben Gedankens einem gemeinsamen Deliktsoberbegriff zuzuordnen sind, nur mit Rücksicht auf Erschwerungs- oder Erleichterungsgründe formal zu einem eigenen Straftatbestand verselbständigt wurden.¹⁾ Diese Voraussetzungen sind trotz Verschiedenheit der Strafgesetze z. B. gegeben zwischen einfachem und schwerem Diebstahl, §§ 242, 243 StGB²⁾, einfacher und gefährlicher Körperverletzung, §§ 223, 223a StGB³⁾, nicht aber bei Diebstahl und Unterschlagung, §§ 242, 246 StGB.⁴⁾ Andererseits ist Fortsetzungszusammenhang nicht möglich zwischen Falschbeurkundung im Amt und Urkundenvernichtung, § 348 Abs. I und Abs. II StGB, obwohl nur ein Strafgesetz verwirklicht wird; aber die beiden Absätze schützen verschiedenartige Rechtsgüter und sind nur zufällig in einem Paragraphen zusammengefaßt.⁵⁾

b) Verletzung oder Gefährdung des gleichen Rechtsguts

Weiter ist nach herrschender Meinung erforderlich, daß die Teilhandlungen gegen das gleiche Rechtsgut gerichtet

- 1) RGSt 17, 62 (65); 38, 55 (56); 51, 305 (308 f.); 56, 323 f.; 58, 228 (229); 70, 385 (387 f.); BGHSt 8, 34 (35); 301 (310); 12, 146 (147); Jagusch in LK, Vorb. § 73 B III 2 f bb (S. 591); Kohlrausch-Lange, Vorb. § 73 Anm. II B 1 a; Maurach, AT S. 632; Nickel, S. 45 ff.; Nowakowski, S. 36 f.; Schönke-Schröder, Vorb. § 73 RdNr. 21; Welzel, S. 206. Abweichend will Baumann, S. 614, nicht auf die tatbestandliche Differenzierung, sondern allein auf eine "natürlich-soziale Betrachtung" abstellen; Fortsetzungszusammenhang sei deshalb auch zwischen § 242 StGB und § 263 StGB möglich, falls die Verletzungshandlungen gleichartig seien.
- 2) RGSt 53, 262 (263)
- 3) RGSt 57, 81
- 4) RGSt 58, 228 (229); BGH GA 1962, 78; and. Ansicht Schönke-Schröder, Vorb. § 73 RdNr. 21
- 5) RG D 1009/37 vom 14. 3. 1938, zitiert nach Mezger-Blei, AT S. 287

sind.¹⁾ Dieses Erfordernis soll darüber entscheiden, ob eine fortgesetzte Handlung auch dann angenommen werden kann, wenn sich die Einzelakte gegen verschiedene Personen richten. Es wird hier nach der Art des angegriffenen Rechtsguts differenziert.

Während man bei der Verletzung sog. höchstpersönlicher Rechtsgüter (z. B. Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre) eine fortgesetzte Handlung nicht für möglich hält, wenn die Teilhandlungen verschiedene Rechtsgutsträger betreffen, bejaht man bei nichthöchstpersönlichen Rechtsgütern (z. B. Eigentum, Vermögen) Fortsetzungszusammenhang auch dann, wenn durch jeden Akt in die Rechtssphäre einer anderen Person eingegriffen wird.²⁾

Fragt man nach dem Grund für diese Unterscheidung, so wird z. T. geantwortet, bei der Einwirkung auf höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen sei eine Zusammenfassung zu einer Einheit unmöglich, weil diese Güter eine stufenweise Verletzung nicht zuließen; mit der einmaligen Verletzung sei der tatbestandsmäßige Er-

1) RGSt 43, 134 (135 f.); 55, 129 (134 f.); Baumann, S. 614 f.; Kohlrausch-Lange, Vorb. § 73 Anm. II B 1 b; Maurach, AT S. 632 f.; Nowakowski, S. 36; Schöнке-Schröder, Vorb. § 73 RdNr. 23

2) Im Ergebnis besteht hierüber weitgehend Einigkeit. Vgl. aus der Rechtsprechung einerseits RGSt 18, 317 (320); 43, 134 (135 f.); 49, 66 (67) (Fortsetzungszusammenhang bejaht trotz Verletzung mehrerer Rechtsgutsträger), andererseits RGSt 27, 19 (20); 31, 150 (151); 44, 223 (229); 53, 274 f.; 57, 163 f.; 59, 98 f.; 70, 243 (245); 282 (284 f.); BGH in LM § 253 Nr. 7 (Fortsetzungszusammenhang abgelehnt wegen Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter verschiedener Personen). Diese Einschränkung wird allerdings nicht nur bei höchstpersönlichen, sondern auch bei wichtigen Rechtsgütern der Allgemeinheit gemacht, z. B. RGSt 72, 174 (175); näher dazu Geerds, S. 304 f. und Maurach, AT S. 632 f. Anderer Ansicht sind Doerr, S. 109 ff. (für die Vermögensdelikte vgl. S. 131 ff.) und Nowakowski, S. 22 ff., die auch bei Verletzung nichthöchstpersönlicher Rechtsgüter eine fortgesetzte Handlung nur dann annehmen, wenn derselbe Rechtsgutsträger betroffen wird.

folg abgeschlossen und könne nicht mehr vergrößert werden.¹⁾ Dem liegt offenbar der Gedanke zugrunde, höchstpersönliche Rechtsgüter seien von ihrem individuellen Träger derart abhängig, daß mit der Beeinträchtigung verschiedener Personen im höchstpersönlichen Bereich jeweils ein anderes Rechtsgut verletzt werde, während ein nichthöchstpersönliches Rechtsgut ohne Rücksicht auf die Zahl der Inhaber immer das gleiche bleibe;²⁾ das Leben des einzelnen Menschen sei in gleicher Weise ein Rechtsgut wie das Eigentum aller Menschen zusammen, so daß die Leben zweier Menschen ebenso verschiedene Rechtsgüter darstellten wie ein Menschenleben und das Eigentum.³⁾

Der Dieb, der nach abgeschlossener Entwendung eine im Eigentum eines anderen stehende Sache wegnimmt, verletzt danach das gleiche Rechtsgut, der Mörder, der einen zweiten Menschen tötet, aber ein anderes.

Diese Begründung überzeugt jedoch nicht. Definiert man den Begriff Rechtsgut als "das besondere Gut ..., das der Gesetzgeber zum Gegenstand seines Schutzes gemacht hat",⁴⁾ dann ergibt sich daraus, daß auch bei höchstpersönlichen Rechtsgütern die Gleichartigkeit gewahrt ist, wenn verschiedene Rechtsgutsträger betroffen werden.

Daß die bei der Frage nach der Möglichkeit eines Fortsetzungszusammenhangs getroffene Differenzierung zwischen höchstpersönlichen und anderen Rechtsgütern der sonst allgemein vertretenen Ansicht über die Gleichartigkeit eines Rechtsguts zuwiderläuft, zeigt sich bei der Figur des "error in persona": entgegen anerkannter

1) Jagusch in LK, Vorb. § 73 B III 2 f bb (S. 592);
Mezger-Blei, S. 286

2) So wohl Frank, § 74 V 2 c B ("Der Einheitlichkeit des Rechtsguts steht aber der Umstand, daß es in der Person mehrerer Träger verletzt wird, dann entgegen, wenn es ein höchst persönliches ist.")

3) Näher dazu Kriesten, S. 98 ff.

4) RGSt 59, 98 (99)

Auffassung¹⁾ dürfte dann bei einem Totschlag nicht vollendete Tötung, sondern es müßte versuchte vorsätzliche Tötung in Idealkonkurrenz mit fahrlässiger Tötung angenommen werden.²⁾ Es ist deshalb davon auszugehen, daß auch bei dem mehrfachen Eingriff in höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Rechtsgutsträger die Gleichartigkeit des verletzten Rechtsguts gegeben ist. Die angeführte Begründung kann somit das Ergebnis der herrschenden Meinung, dem freilich zuzustimmen ist, nicht tragen.

Die eigentliche Ursache für die Ablehnung eines Fortsetzungszusammenhangs in diesen Fällen dürfte darin zu sehen sein, daß bei der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter verschiedener Personen die dem ersten Akt nachfolgenden Ausführungshandlungen wegen der Personalbezogenheit des Rechtsguts einen selbständigen Unrechtsgehalt beinhalten und nicht nur eine Erweiterung desselben Unrechtsgehalts darstellen. Dieser in jedem Einzelakt enthaltene Unrechtsgehalt duldet eine Zusammenfassung zu einer Fortsetzungstat nicht, da "eine jede Persönlichkeit infolge des ihr innewohnenden Eigenwerts Anspruch darauf hat, als ein in seiner Besonderheit schutzbedürftiges Rechtsgut gewürdigt zu werden." 3)4)

1) Statt aller Schönke-Schröder, § 59 RdNr. 27

2) Kriesten, S. 99 f.

3) RGSt 59, 98 (99); Welzel, S. 207; ähnlich Maurach, AT S. 632 f.

Anders die Begründung bei Kriesten, S. 100 ff., im Anschluß an Hellmer, GA 1956, S. 71 f.: Bei höchstpersönlichen Rechtsgütern werde die persönliche Beziehung zwischen dem Täter und dem Opfer verletzt, während bei Verwirklichung sonstiger Tatbestände nicht direkt in die Beziehung von Mensch zu Mensch eingegriffen werde. Jede Verletzung einer persönlichen Beziehung stelle aber etwas derart Geschlossenes dar, was nicht mit dem Eingriff in eine andere Beziehung zu einem anderen gleichgesetzt werden könne. Aus diesem Grund sei strafrechtlich jede individuelle Verletzung gesondert zu werten. Dieser Gedanke findet sich bereits bei Oetker, ZAkDR 1937, S. 226.

4) Aus den angeführten Gründen sollte der von der herrschenden Meinung unter dem Schlagwort "Gleichartig-

c) Gleichartigkeit der tatsächlichen Begehungsweise

Auf der objektiven Seite ist letztlich eine Gleichartigkeit des äußeren Tathergangs zu fordern. Diese ist gegeben, wenn die Einzelakte in annähernd gleicher Weise zur Ausführung gebracht werden und eine gewisse zeitliche und örtliche Kontinuität aufweisen.¹⁾

Wie die Teilhandlungen beschaffen sein müssen, damit sie die notwendige Ähnlichkeit in der tatsächlichen Begehungsweise zeigen, läßt sich allgemein kaum sagen²⁾, sondern ist eine Frage des Einzelfalls. Z. B. ist trotz Erfüllung desselben Strafgesetzes (§ 263 StGB) Fortsetzungszusammenhang ausgeschlossen, wenn der Täter einmal einen Darlehensschwindel, zum andern eine Zechprellerei begeht.³⁾ Weiter ist die Gleichartigkeit der Ausführung in aller Regel nicht möglich zwischen positivem Tun und Unterlassung⁴⁾, zwischen Täterschaft und Anstiftung⁵⁾ oder Beihilfe⁶⁾, wohl aber bei Versuch und Vollendung.⁷⁾

Was unter der Kontinuität der Einzelakte, die vom Reichs-

keit der Rechtsgutsverletzung" vertretene Gedanke richtigerweise dahin formuliert werden: Ausschuß des Fortsetzungszusammenhangs bei der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter verschiedener Rechtsgutsträger.

- 1) Dazu Honig, Studien S. 109 f.; Kramer, S. 31 ff.; Maurach, AT S. 633; Mezger, JW 1938, S. 3267; Neuburger, S. 14 ff.; Nickel, S. 48 ff.; Schirmeyer, S. 89 f.; Schönke-Schröder, Vorb. § 73 RdNr. 22
- 2) Kriesten, S. 95 hat eine allgemeine Antwort versucht: Fortsetzungszusammenhang zwischen den zeitlich auseinanderliegenden Teilhandlungen sei anzunehmen, wenn bei gleichzeitiger Begehung diese Akte derselben Handlung i. S. einer sozialen Sinneinheit angehören würden; müßten dagegen die Ausführungsakte als eine Mehrheit von Handlungen auch dann qualifiziert werden, wenn sie gleichzeitig begangen worden wären, sei eine fortgesetzte Handlung nicht möglich.
- 3) Dieses und andere Beispiele bei Schönke-Schröder, Vorb. § 73 RdNr. 22
- 4) OLG Bremen, NJW 1955, S. 1606 (1607)
- 5) RGSt 61, 199 (201)
- 6) RGSt 67, 130 (139 f.); (Fortsetzungszusammenhang abgelehnt mangels Einheitlichkeit des Vorsatzes); BGH, LM § 331 StPO Nr. 2
- 7) BGH NJW 1957, S. 1288

gericht in vielen Entscheidungen gefordert wurde¹⁾, zu verstehen ist, ist nicht eindeutig zu beantworten.²⁾ Das Reichsgericht hat sie einmal definiert als "ausreichende Stetigkeit in der Ausführung"³⁾, ein anderes Mal spricht es einschränkend von einer "äußeren" Kontinuität.⁴⁾

Es soll hiermit wohl nur verhindert werden, daß Teilhandlungen zu einem Zusammenhang verbunden werden, obwohl sie in örtlicher und zeitlicher Hinsicht keinerlei Gemeinsamkeit aufweisen.⁵⁾

2. Subjektive Voraussetzungen

Neben diesen objektiven Erfordernissen für die Zusammenfassung mehrerer Einzelbetätigungen zu einer Handlung ist auf der subjektiven Seite eine gewisse Einheitlichkeit des Tätervorsatzes notwendig. Wie dieser im einzelnen beschaffen sein muß, ist streitig. Es stehen sich hier grundsätzlich zwei Auffassungen gegenüber, von denen die eine den sog. Gesamtvorsatz fordert, während die andere einen sog. Fortsetzungsvorsatz genügen läßt.

Der Gesamtvorsatz, der insbesondere von der ständigen Rechtsprechung als unabdingbare Voraussetzung für die Annahme eines fortgesetzten Delikts verlangt wird⁶⁾, wird unterschiedlich interpretiert. Einerseits wird gesagt, der Vorsatz müsse den Gesamterfolg umfassen,

1) Z. B. RGSt 9, 344 (346); 15, 23 (26); 18, 317 (320); 22, 235 (237); 51, 228 (233); 55, 129 (135)

2) So Nickel, S. 45 ff.

3) RGSt 55, 129 (135)

4) RGSt 9, 344 (346); 15, 23 (26); 18, 317 (320)

5) Geerds, S. 307 f. mit Nachweisen der älteren Literatur in Fußn. 354; Maurach, AT S. 633; Schönke-Schröder, Vorb. § 73 RdNr. 22. Gegen das Erfordernis der zeitlichen und örtlichen Kontinuität Doerr, S. 173 ff.; Kerschbaum, S. 33 ff.

6) RGSt 15, 23 (26 f.); 44, 392 (396); 45, 70 (71 f.); 57, 21 (22); 66, 236 (238 f.); 70, 51 (52); 72, 211 (213 f.); BGHSt 1, 313 (315); 2, 163 (167); 15, 268 (271); 16, 124 (128)

"so daß sich die Einzelakte nur als die sukzessive Verwirklichung des von vornherein einheitlich vorgestellten und gewollten Erfolgs darstellen"¹⁾, wohingegen andere eine derartige Bestimmtheit des Vorsatzes nicht für nötig halten. Es müßten weder der Gesamterfolg noch die Zahl der Teilstücke von Anfang an bestimmt sein, sondern es genüge, wenn sie sich nach Gegenstand, Art und Zeit "einer irgendwie begrenzten Gesamtvorstellung" einordnen ließen.²⁾ Die Rechtsprechung steht heute - entgegen früheren Entscheidungen³⁾ - auf einem etwas eingeschränkten Standpunkt: der Gesamtvorsatz müsse so beschaffen sein, daß er vor oder spätestens bei Verwirklichung des ersten Teilaktes⁴⁾ der geplanten Handlungskette deren sämtliche Teile in den wesentlichen Grundzügen ihrer künftigen Gestaltung umfasse.⁵⁾ Gesamtvorsatz ist also zu bejahen, wenn sich der Täter spätestens bei der ersten Einzelhandlung über das zu verletzende Rechtsgut, ferner ungefähr über Zeit, Ort und Art der Ausführung klar ist, und er bei den Einzelentschlüssen weiß, daß die Teilakte zusammengehören und die Verwirklichung eines Gesamtplans fördern.

Demgegenüber läßt eine im Schrifttum stark vertretene Ansicht als subjektives Erfordernis einen sog. Fort-

-
- 1) So Jescheck, ZStW 67, S. 553; ähnlich Kohlrausch-Lange, Vorb. § 73 Anm. II B 1 c; Nowakowski, S. 29 ff.; Eb. Schmidt SJZ 1950, Sp. 290 f.;
 - 2) Geerds, S. 308; vgl. weiter Baumann, S. 612 f.; Doerr, S. 93 ff.; Jagusch in LK, Vorb. § 73 Anm. B III 2 f aa (S. 588 f.); H. Mayer, S. 409; Nickel, S. 28 ff.; Roth-Stielow, NJW 1955, S. 451; Schlosky, ZStW 61, S. 260 f.; Schwarz-Dreher, Vorb. § 73 Anm. 3 A a)
 - 3) RG JW 1938, S. 1880; RGSt 71, 231 (232)
 - 4) Der Gesamtvorsatz kann sich noch bilden, solange das erste Teilstück der Handlungskette noch nicht abgeschlossen ist, BGHSt 19, 323 (324).
 - 5) So BGHSt 1, 313 (315)

setzungsvorsatz genügen.¹⁾ Im Unterschied zum Gesamtvorsatz sollen damit vor allem die Fälle erfaßt werden, bei denen der Täter der gleichen Versuchung immer wieder unterliegt. Fortsetzungsvorsatz ist gegeben, wenn sich die subjektive Situation des Täters bei den Einzelentschlüssen ähnelt, diese eine fortlaufende psychische Linie bilden.

Da der Umfang der fortgesetzten Handlung maßgeblich durch die Beschaffenheit des zu fordernden Vorsatzes bestimmt wird, wirken sich bei dem Streit um das subjektive Kriterium die Gründe für die Anerkennung, bzw. die prozessualen Wirkungen des Fortsetzungszusammenhangs aus. Nach dem Gewicht, das man den einzelnen, mit dieser Rechtsfigur verbundenen Zwecken zumißt, wird die Entscheidung zwischen den beiden Vorsatzarten getroffen.

Die Rechtsprechung hält den Gesamtvorsatz und damit eine eingeschränkte Fassung des Begriffs des Fortsetzungszusammenhangs vor allem deshalb für notwendig, weil durch die Verurteilung wegen einer fortgesetzten Handlung die Strafklage für alle in den Zusammenhang fallenden Einzelakte verbraucht werde.²⁾ Demgegenüber betonen die Vertreter des Fortsetzungsvorsatzes, daß der Hauptgrund für die Kontraktion einer Mehrheit von Tätigkeitsstücken zu einer Handlung die Möglichkeit einer vereinfachten Strafenbildung sei; dieser Zweck erfordere es, den Umfang der fortgesetzten Straftat weit zu bemessen und eine Einheit auch dann anzunehmen, wenn die einzelnen Ent-

1) Honig, Studien S. 123 ff.; Maurach, AT S. 631; Mezger-Blei, AT S. 288; Olshausen, Vorb. § 73 Anm. 3 A a. Gegen den Gesamtvorsatz auch Graf zu Dohna, DStR 1942, S. 21; Schubath, JR 1951, S. 342 f. und in gewissen Fällen Hartung, SJZ 1950, Sp. 331

2) Insbesondere RGSt 66, 236 (239)

schlüsse zwar nicht einem Gesamtvorsatz des Täters entspringen, wohl aber eine stetige psychische Linie bilden.¹⁾²⁾

-
- 1) Vgl. Schönke-Schröder, Vorb. § 73 RdNr. 29: "Der Zweck des Begriffs der fortgesetzten Handlung ist es, den Richter von 'einer erdrückenden, gar nicht zu bewältigenden und im letzten Grunde völlig nutzlosen Arbeit freizumachen' (Graf zu Dohna, DStR 1942, S. 21); aus diesem Zweck und nicht aus den Begriffen des Fortsetzungszusammenhanges oder gar der Handlungseinheit oder -mehrheit sind die Grenzen der fortgesetzten Handlung zu bestimmen."
- 2) An die Begriffe Gesamtvorsatz und Fortsetzungsvorsatz anknüpfend unterscheidet Welzel (S. 205 ff.) zwei Erscheinungsformen des fortgesetzten Delikts: eine in der sukzessiven Verwirklichung eines Gesamtvorsatzes bestehende Handlungseinheit und eine auf mehrfacher Ausnutzung derselben Gelegenheit oder desselben Dauerverhältnisses beruhende Einheit strafbarer Lebensführung. Nach Welzels Ansicht liegt bei dieser zweiten Form des Fortsetzungszusammenhangs mangels einheitlichen Vorsatzes zwar keine **H a n d l u n g s** einheit vor, jedoch verbinde die Gleichheit der äußeren Motivationslage die wiederholten Deliktsentschlüsse zu einer inneren Einheit strafbarer Lebensführung.

B. Die grundsätzliche Behandlung des Strafklageverbrauchs bei Fortsetzungszusammenhang nach herrschender Meinung und die davon abweichenden Lösungsversuche

I. Der Strafklageverbrauch bei der fortgesetzten Handlung in der Sicht der Rechtsprechung und herrschenden Lehre

1. Die negative Funktion der materiellen Rechtskraft

Das Ziel jedes Prozesses, eine Entscheidung zu erlassen, die einen endgültigen Rechtszustand schafft, wird dadurch erreicht, daß ein Urteil in Rechtskraft erwächst. Man unterscheidet hier herkömmlicherweise zwei Arten, die formelle und die materielle Rechtskraft.¹⁾ Die formelle Rechtskraft, die dann eintritt, wenn ein Urteil mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr angefochten werden kann, äußert zwei Wirkungen²⁾: die Vollstreckungswirkung³⁾, die dahin geht, daß die Entscheidung - soweit möglich - zu vollstrecken ist, und die Beendigungswirkung, die die Rechtshängigkeit beendet und damit jede weitere Prozeßhandlung in dem erledigten Verfahren unzulässig macht. Während diese beiden Wirkungen verfahrensinterner Art sind, sich also nur auf den Prozeß beziehen, der mit der Entscheidung abgeschlossen wurde, ist die materielle Rechtskraft eines Sachurteils, definiert als Maßgeblichkeit des Inhalts der Entscheidung⁴⁾,

1) Vgl. dazu Abel, S. 9 ff.; Henkel, S. 441 ff.; Müller-Sax (KMR), Einl. 14; Peters, Lb. S. 427 ff.; Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 267 ff.; Schwarz-Kleinknecht, Einl. 8

2) So Eb. Schmidt, aaO.

3) Die Vollstreckungswirkung wird von manchen Autoren als Folge der materiellen Rechtskraft angesehen, z. B. Henkel, S. 448; Peters, Lb. S. 433; Schwarz-Kleinknecht, § 449 Anm. 2

4) Und zwar sowohl im Strafverfahrensrecht (Peters, Lb. S. 433) wie im Zivilprozeßrecht (Rosenberg, S. 730; Schwab, NJW 1960, S. 2171).

durch ihre Relevanz für ein nachfolgendes Verfahren gekennzeichnet. Von den zwei Funktionen, die der materiellen Rechtskraft zukommen, einer positiven (Feststellungs- und Bindungswirkung) und einer negativen, spielt die positive Wirkung in der Diskussion nur eine untergeordnete Rolle.¹⁾ Im Blickpunkt strafprozessualer Rechtskraftlehre steht die negative Funktion. Unter dieser Erscheinung, die inhaltlich gleichbedeutend auch bezeichnet wird als Strafklageverbrauch, Grundsatz des ne bis in idem, Gebot der Einmaligkeit des Strafverfahrens, Wiederholungsverbot, Verzehrwirkung oder Sperrkraft des rechtskräftigen Urteils, ist folgendes zu verstehen: Wenn von einem Gericht in einer Sache rechtskräftig entschieden wurde, so ist es unzulässig, denselben Verfahrensstoff noch einmal zum Gegenstand eines Prozesses zu machen. Jedermann soll davor geschützt werden, wiederholt wegen derselben Sache belangt zu werden und die Nachteile eines Verfahrens mehrmals über sich ergehen lassen zu müssen.²⁾ Daß der Grundsatz ne bis in idem eine Funktion der materiellen Rechtskraft ist, ist heute ebenso unbestritten³⁾, wie seine grundsätzliche Anerkennung im Strafprozeßrecht. Das Wiederholungsverbot ist, obwohl in der Strafprozeßordnung nicht ausdrücklich normiert, eine unverzichtbare Regel des Strafverfahrensrechts. Es rechtfertigt sich aus der Überlegung, daß die Suche nach der gerechten Entscheidung einmal ein Ende haben muß, da sonst bei jedem Zweifel an der Richtigkeit des Urteils

-
- 1) Vgl. hierzu insbesondere Abel, Rechtskraft und Feststellungswirkung des Strafurteils; Bruns, Zur Feststellungswirkung des rechtskräftigen Strafurteils, Festschrift für Eb. Schmidt, S. 602 ff.
 - 2) Henkel, S. 444; Peters, Lb. S. 434 f.; Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 10 B 3 c; Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 274; Schwarz-Kleinknecht, Einl. 8 B c
 - 3) Die abweichende Ansicht von Sauer, Grundlagen S. 475 ff., wird heute nicht mehr vertreten. Dazu Vogler, S. 45 ff.

das Verfahren erneut aufgerollt und bis ins Unendliche weiter prozessiert werden könnte, was zu einer Auflösung der Rechtsordnung führen würde.¹⁾ Will man eine positiv-rechtliche Begründung geben, so ist auf das Rechtsinstitut der Wiederaufnahme zu verweisen, das nur aus dem Gebot der Einmaligkeit des Strafverfahrens verständlich ist; denn die äußerst begrenzte Zulassung einer nochmaligen Entscheidung über dieselbe Sache setzt die grundsätzliche Unzulässigkeit eines neuen Verfahrens voraus.²⁾

Die Geltung des Satzes ne bis in idem wird nunmehr auch verfassungsrechtlich durch Art. 103 Abs. III GG garantiert: "Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden." Einigkeit besteht darüber, daß Art. 103 Abs. III GG nicht streng wörtlich auszulegen ist; durch diese Verfassungsbestimmung soll nicht nur eine erneute Bestrafung, sondern weitergehend ein mehrmaliges Verfahren wegen derselben Sache verwehrt werden.³⁾

Nachdem das Wiederholungsverbot bisher dahin umschrieben wurde, daß eine zweite Strafverfolgung wegen "derselben Sache" unzulässig sei, ist nunmehr diese ungenaue Formulierung zu präzisieren, da erst die Antwort auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich zwei Prozesse mit dem gleichen Stoff befassen, die eigentliche Bedeutung des Grundsatzes ne bis in idem erschließt. Wie der Wortlaut des Art. 103 Abs. III GG, daß n i e m a n d w e g e n d e r s e l b e n T a t m e h r m a l s bestraft werden kann, erkennen läßt, sind für die Bestimmung des Strafklageverbrauchs ein subjektives und

1) Vgl. z. B. Henkel, S. 440 f.; Kriele, S. 83

2) So Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 10 B 3 c

3) BGHSt 5, 323 (328 ff.); Maunz-Dürig, Art. 103 RdNr. 126 mit weiteren Nachweisen

ein objektives Kriterium notwendig.

Subjektiv wird die Nämlichkeit des Verfahrensstoffes bestimmt durch die Person des Angeklagten. Ein Urteil kann nur dann Sperrkraft in einem Verfahren äußern, wenn der durch diese Entscheidung Betroffene auch der Angeklagte des neuen Prozesses ist. Erforderlich ist also einmal die Identität der Person.¹⁾

Objektiv ist für die Anwendung des Satzes ne bis in idem Voraussetzung, daß das zweite Verfahren dieselbe "Tat" - so der Ausdruck des Gesetzes (Art. 103 Abs. III GG im Anschluß an §§ 155, 264 StPO) - zum Gegenstand hat. Man fordert mit einer nicht gerade treffenden²⁾, aber allgemein verwendeten Formulierung, daß die Identität der Tat gewahrt ist. Damit ist gemeint: Wenn ein bestimmtes durch die Anklage bezeichnetes Geschehen in einem Strafverfahren abgeurteilt wurde und danach wiederum ein strafrechtlich relevantes Vorkommnis behandelt werden soll, dann ist zu prüfen, ob diese beiden Sachverhaltskomplexe "identisch" insofern sind, als sie beide derselben Tat angehören. Die Antwort auf die Frage nach der Identität zweier Sachverhaltskomplexe setzt voraus, daß zuvor der Begriff der Tat umschrieben wird. Das Gesetz gibt hierfür keine Hinweise, da die Strafprozeßordnung (besonders §§ 155, 264) und das Grundgesetz (Art. 103 Abs. III) den Ausdruck zwar gebrauchen, ihn aber nicht näher bestimmen. So war und ist es Aufgabe der Wissenschaft und der Praxis, den Ausdruck "Tat" zu definieren, eine Aufgabe, die entsprechend der Be-

1) Vgl. etwa Peters, Lb. S. 436. Schwierigkeiten treten bei diesem Kriterium nur auf, wenn eine nicht angeklagte, aber unter dem Namen des Angeklagten erschiene Person verurteilt wird; dazu Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 291 ff.

2) Zur Kritik an dem Ausdruck vgl. Borgmann, S. 40 f.; Spinnellis, S. 63 f.

deutung dieses Begriffs für die Rechtshängigkeit und den Umfang des Strafklageverbrauchs in reichem Maße in Angriff genommen wurde.¹⁾

2. Der herrschende Tatbegriff. Seine Funktion als Rahmen des Strafklageverbrauchs und der Klageänderungsbefugnis

Im Anschluß an das Preußische Obertribunal²⁾ hat das Reichsgericht unter der Tat nicht das crimen, also einen rechtlich qualifizierten Tatbestand, verstanden, sondern das factum, ein in keiner Weise durch eine strafrechtliche Beurteilung bestimmtes geschichtliches Ereignis.³⁾ Tat ist danach ein in der Vergangenheit liegendes tatsächliches Verhalten einer Person. Ob und wie viele Straftatbestände im Rahmen einer Tat verwirklicht sind, ist eine Frage der rechtlichen Qualifikation des historischen Geschehens und unerheblich für die Bestimmung des Inhalts der Tat; hierfür sind nur tatsächliche Umstände maßgeblich.

Das gilt in gleicher Weise für den U m f a n g der Tat. Auch hier entscheiden nicht normative, sondern allein natürliche Kriterien. Die Grenze zwischen pro-

1) Etwa Borgmann, Die Identität der Tat; Busch, Zum Verbrauch der Strafklage bei späterer Erkenntnis anderweitiger Tatgestaltung, ZStW 68, S. 3 ff.; Dedes, Die Identität der Tat im Strafprozeß, GA 1965, S. 102 ff.; Gelbert, Der Gegenstand des Strafverfahrens, JW 1934, S. 2890 ff.; Liu, Der Begriff der Identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeßrecht, Straf-Abh. 221; Mittermaier, Über den Begriff der Tat im Strafprozeß, ZStW 21, S. 230 ff.; Oehler, Die Identität der Tat; Schwinge, Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung, ZStW 52, S. 203 ff.

2) Nachweise bei Schwinge, ZStW 52, S. 212 f.

3) RGSt 9, 420 f.; 15, 9 (11); 24, 370 (371 f.); 41, 164 (165); 44, 28 (30); 51, 127 (128); 56, 324 f.; 61, 236 (237); 314 (317); 62, 130 f.; 66, 19 (21); 70, 396 (398); 72, 339 (340 f.)

zessualer Tateinheit und -mehrheit wird durch die Einheit des historischen Vorkommnisses gebildet. Eine Tat umfaßt den "geschichtlichen Vorgang in seiner Gesamtheit, nämlich insoweit, als er nach der Auffassung des Lebens eine Einheit bildet".¹⁾ Man ist sich klar darüber, daß damit eine endgültige Umfangsbestimmung, die bei allen Fallgestaltungen zu einem eindeutigen Ergebnis führt, nicht gefunden ist, sondern die Entscheidung letztlich von der Lage des einzelnen Falles abhängt;²⁾ der Verzicht auf eine nähere Abgrenzung folge aber aus der Unmöglichkeit, den Tatbegriff nach einer allgemein durchgreifenden Formel zu bestimmen.³⁾

Trotz dieser Unsicherheit in Zweifelsfällen wird auch von der heute ganz herrschenden Meinung diese Ansicht vertreten⁴⁾, nach der in der Rechtsprechung ausnahmslos judiziert wurde und wird.⁵⁾

Die Sperrkraft einer rechtskräftigen Entscheidung erstreckt sich danach grundsätzlich auf den geschichtlichen Sachverhalt, soweit er sich als Einheit darstellt.⁶⁾ Dieser Umfang des Strafklageverbrauchs ent-

1) BGH in LM § 264 StPO Nr. 9

2) Aus diesem Grund wurde der Tatbegriff des Reichsgerichts auch heftig kritisiert; z. B. Schwinge, ZStW 52, S. 215: "Die Formel von der 'historischen' Zusammengehörigkeit der Einzelakte, ..., macht die Entscheidung von den Zufälligkeiten des äußeren Geschehens abhängig, überantwortet sie dem Rechtsgefühl des Richters und führt infolgedessen zu größter Rechtsunsicherheit." Ebenso Nagler, ZAkDR 1939, S. 374 f.

3) RGSt 8, 135 (139)

4) Erbs, § 264 XI; Geier in Löwe-Rosenberg, § 264 Anm. 2; Müller-Sax (KMR), § 264 Anm. 4; Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 295 ff. und Lehrk. II § 264 RdNr. 5; Schwarzknecht, § 264 Anm. 1

5) Zur Rechtsprechung des BGH vgl. BGH in LM § 264 Nr. 9; BGHSt 9, 10 f.; 10, 396 (397); 13, 21 (22 ff.); 320 (321); 16, 200 f.

6) Hier ist eine Einschränkung zu machen: Die Strafklage wird insoweit nicht verbraucht, als das Gericht *r e c h t l i c h* gehindert war, die Tat unter einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt zu erfassen, z. B. wegen einer Beschränkung durch eine Auslieferungsbedingung,

spricht dem Rahmen, in dem das Gericht tätig werden konnte.¹⁾ Aus der Struktur unseres Strafverfahrens als Akkusationsprozeß folgt, daß der Richter ein Geschehen auf seinen strafrechtlichen Gehalt nur dann prüfen kann, wenn dieses angeklagt ist. Die Staatsanwaltschaft als Anklagebehörde bestimmt den Umfang des Sachverhaltskomplexes, den das Gericht abzuurteilen hat. Sie klagt eine oder mehrere Taten an, und nur auf die bezeichneten Taten darf sich die Untersuchung und Entscheidung des Gerichts erstrecken (§ 155 Abs. I StPO). Will das Gericht etwa in der Hauptverhandlung weitere Taten einbeziehen, so ist zuvor eine Nachtragsanklage erforderlich (§ 266 StPO). Die Bedeutung des Akkusationsprinzips liegt somit in der Bindung des Richters an die ihm unterbreitete Tat.²⁾ Die Funktion des Tatbegriffs beschränkt sich deshalb nicht darauf, den Umfang des Strafklageverbrauchs anzugeben, sondern sie besteht auch darin, den Sachverhaltsabschnitt zu begrenzen, den das Gericht auf seine strafrechtliche Relevanz hin zu untersuchen berechtigt und verpflichtet ist (§ 155 Abs. II StPO). Das Thema der Untersuchung gibt die Anklageschrift mit der Bezeichnung der Tat an (§ 200 StPO), innerhalb dieses Rahmens ist das Gericht frei, weder an tatsächliche noch rechtliche Darlegungen der Anklage gebunden (§ 264 Abs. II StPO). Es ist vielmehr zu eigenen Nachforschungen angehalten, kann den bei Eröffnung bekannten Sachverhalt rechtlich anders werten oder in der Hauptverhandlung neue Tatsachen zu Tage fördern, die das Geschehen unter ganz anderen strafrechtlichen Gesichtspunkten

oder weil die Gerichtsbarkeit fehlte. Vgl. dazu Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 10 B 3 c (S. 95); Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 314 ff.; Schwarz-Kleinknecht, Einl. 8 B e

- 1) Anderer Ansicht Peters, Lb. S. 243 f., der den Begriff der Tat bei der Rechtshängigkeit weiter faßt als bei der Rechtskraft und somit zu einem unterschiedlichen Rahmen für Strafklageänderung und -verbrauch kommt.
- 2) Dazu Rippich, StrafrAbh. Heft 352, S. 26 f.

erscheinen lassen. Die Grenze bildet dabei stets die Nämlichkeit der Tat; ein Vorgang, der zu der abzuurteilenden Tat gehört, muß berücksichtigt werden, was jenseits liegt, darf nicht einbezogen werden.¹⁾

Da der Begriff der Tat den äußeren Rahmen sowohl für die Befugnis zur Abänderung der Strafklage wie für ihren Verbrauch bildet, entsprechen sich der Umfang der gerichtlichen Erforschungsmöglichkeit und der der Sperrkraft einer Entscheidung. Der Verbrauch ist die Kehrseite der Befugnis, die Strafklage umzuwandeln; er reicht soweit, wie sich umgekehrt das Recht und die Pflicht des Richters erstreckt, die Strafklage umzugestalten.²⁾

Der Umfang der Rechtskraftwirkung wird nach dieser Auffassung durch denjenigen Tatsachenkomplex bestimmt, den das Gericht r e c h t l i c h aburteilen konnte. Ob es ihn t a t s ä c h l i c h ganz erfaßt hat oder nicht, ist für das Verbot des bis in idem unerheblich.³⁾ Eine zweite Entscheidung bezüglich derselben Tat ist auch dann verwehrt, wenn infolge mangelnder Sachverhaltsaufklärung zu Unrecht ein Freispruch erfolgte oder nur ein Bruchteil des strafrechtlichen Gehaltes der Tat bei der Verurteilung berücksichtigt wurde.⁴⁾

1) Geier in Löwe-Rosenberg, § 264 Anm. 3 ff.; Müller-Sax (KMR), § 264 Anm. 5; Eb. Schmidt, Lehrk. II § 264 RdNr. 7 ff.; Schwarz-Kleinknecht, § 264 Anm. 4

2) RGSt 72, 99 (105)

3) Anders Coenders, JW 1925, S. 1002 ff.; Henkel, S. 446 f.; Sauer, S. 240 f.: Der Umfang der Sperrwirkung werde nicht durch die rechtliche Prüfungs- und Entscheidungspflicht des Gerichts bestimmt, sondern dadurch, was ein "Normalrichter" bei sorgfältiger Erfüllung der Erforschungspflicht t a t s ä c h l i c h einbeziehen konnte. Vgl. dazu auch die - freilich im Ansatzpunkt bereits abweichenden - Darlegungen von Vogler, S. 96 ff.

4) Vgl. etwa den berühmten Beispielsfall aus RGSt 70, 26 (30 f.): Wurde jemand wegen Schießens an bewohnten Orten bestraft (§ 367 Nr. 8 StGB), stellt sich aber später heraus, daß er durch eben diesen Schuß einen Menschen getötet hat, so kann er nicht mehr wegen Totschlags verfolgt werden. Dazu Peters, Lb. S. 438 f.

3. Das Verhältnis Tat - fortgesetzte Handlung

Stellt man die Frage nach der Reichweite der Rechtskraft nunmehr speziell im Bereich der fortgesetzten Handlung, so ergibt sich die Antwort aus der Beziehung, in der das fortgesetzte Delikt zu der den Umfang der Sperrkraft bestimmenden Tat steht.

Die Konsequenz aus der These der herrschenden Meinung, für den Begriff der Tat seien nur tatsächliche Umstände maßgeblich, ist, daß eine Gleichsetzung der prozessualen Einheit Tat mit der materiell-rechtlichen Handlung abgelehnt wird. Was eine Tat ist, muß selbständig bestimmt werden, ohne Rücksicht darauf, ob sich bei der sachlich-rechtlichen Würdigung des Geschehens eine oder mehrere Handlungen ergeben.¹⁾ Die Einheitlichkeit des historischen Vorgangs kann auch dann gewahrt sein, wenn materiell ein Fall der Real Konkurrenz vorliegt.²⁾ Besteht somit eine Verschiedenheit der beiden Begriffe insoweit, als der der Tat umfassender ist als die sachlich-rechtliche Handlung, da er nicht von Konkurrenzermäßigungen beeinflußt wird und eine Mehrheit von Handlungen in sich einschließen kann, so erfährt diese Unabhängigkeit eine wesentliche Einschränkung. Sie ist nur eine einseitige, weil nach herrschender Ansicht eine Handlung niemals in eine Mehrheit von Taten zerlegt werden kann; was im Sinne der materiell-rechtlichen Handlungslehre als Einheit zu werten ist, muß auch im prozessualen Bereich immer eine Einheit sein.³⁾ Das wird für die Fälle der natürlichen und tatbestand-

-
- 1) Erbs, § 264 XI; Geier in Löwe-Rosenberg, § 264 Anm. 2; Henkel, S. 444; KMR, § 264 Anm. 4; Peters, Lb. S. 438 ff.; Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. B 3 c (S. 86); Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 295; Schwarz-Kleinknecht, § 264 Anm. 2
 - 2) Entgegen der früheren RG-Rechtsprechung (dazu BGHSt 13, 21 (25) z. B. RGSt 66, 132 (138 f.); 71, 360 (361); 72, 339 (340 f.); BGH in LM § 7 StGB Nr. 1; BGHSt 9, 10 (11); 13, 21 (25))
 - 3) Statt aller Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 302 mit Nachweis aus der Rechtsprechung. Soweit ersichtlich ist nur ein einziges Mal anders entschieden worden, OLG Düsseldorf, NJW 1965, S. 2070 f.

lichen Handlungseinheit ebenso anerkannt wie für das fortgesetzte Delikt. Alle in einen Fortsetzungszusammenhang fallenden Einzelakte gehören derselben Tat an. Daraus ergibt sich einmal, daß das Gericht die Strafklage auf alle Einzelakte der in der Anklage bezeichneten fortgesetzten Handlung zu erstrecken hat, auch auf solche, die nicht ausdrücklich genannt sind und die erst im Laufe der Hauptverhandlung hervortreten, und zwar ohne daß es einer Nachtragsanklage bedarf. Zum andern leitet sich daraus der Grundsatz für die Behandlung des fortgesetzten Delikts im Rahmen der Rechtskraft ab: Die rechtskräftige Verurteilung wegen einer fortgesetzten Handlung erledigt alle vor dem Urteil begangenen, in den Zusammenhang gehörenden Einzelakte, gleichgültig, ob das Gericht sie berücksichtigt hat oder nicht, ob es sie kannte und ob es Anlaß und Gelegenheit hatte, sich Kenntnis von ihnen zu verschaffen oder nicht.¹⁾

II. Die von der herrschenden Meinung abweichenden Lösungsversuche. Darstellung und Kritik

1. Das Streben nach gerechten Urteilen als Ursache neuer Lösungsvorschläge

Die von der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung vertretene Ansicht, daß die Verurteilung wegen einer fortgesetzten Handlung die Strafklage für sämtliche Teilstücke der Handlungskette verbrauche, führt dann zu billigenwerten Ergebnissen, wenn der Verurteilung alle

¹⁾ Ständige Rechtsprechung: RGSt 9, 344 (347 ff.); 36, 42 (43 ff.); 44, 392 (398); 47, 397 (400); 51, 247 (251); 253 (254); 66, 45 (50); 72, 211 (213); BGHSt 6, 92 (93 ff.); 122 (124); 15, 268 (270). Literaturnachweise bei Geerds, S. 413/414 FuBn. 980, der allerdings selbst eine andere Meinung vertritt, S. 415; ebenso anderer Ansicht Henkel, S. 446 f.; D. und U. Mann, ZStW 75, S. 251 ff. (258); Peters, Ib. S. 442

Einzelakte oder doch der wesentliche Teil des strafbaren Verhaltens zugrunde liegen. In den Fällen jedoch, in denen der Angeklagte nur wegen einzelner Akte des Fortsetzungszusammenhangs bestraft wurde, der Schwerpunkt des Täterverhaltens aber unberücksichtigt geblieben ist, erscheint es unbefriedigend, daß der Täter infolge des Grundsatzes ne bis in idem der schuldangemessenen Strafe entgehen soll. Es liegt deshalb nahe, nach einem Weg zu suchen, der es ermöglicht, bei derartigen Sachgestaltungen hinsichtlich des in dem ersten Urteil nicht erfaßten Teils des strafbaren Tuns ein zweites Verfahren durchzuführen und auf diese Weise der Forderung nach gerechter Bestrafung zu entsprechen.

Damit leitet die Diskussion um den Strafklageverbrauch bei der fortgesetzten Handlung über in die grundsätzliche Frage, in welchem Maß das Streben nach Gerechtigkeit durch Erwägungen der Rechtssicherheit, als deren Ausfluß sich die Rechtskraft darstellt¹⁾, zu begrenzen ist. Das staatliche Vorgehen im Strafprozeß wird von dem Bemühen geprägt, die Wahrheit zu ermitteln.²⁾ Wegen der Unvollkommenheit menschlicher Erkenntnismittel wird dieses Ziel nicht immer erreicht, so daß Urteile ergehen, die von einem falschen Sachverhalt ausgehen und deshalb ungerecht sind.³⁾ Sieht man als Ziel des Strafverfahrens "die Gewinnung eines auf Wahrheit beruhenden gerechten Urteils" an⁴⁾, so wäre es konsequent, den Prozeß unbegrenzt immer dann wieder aufzurollen, wenn die Chance

1) Henkel, S. 441; ders., Rechtsphilosophie, S. 338

2) RGSt 72, 155 (156): "Das Strafverfahren dient der Rechtsfindung. Diesen Zweck kann es nur erreichen, wenn es auf der Wahrheit aufgebaut ist." Dazu eingehend Spendel, JuS 1964, S. 465 ff.; vgl. auch Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 11 A.

3) Ursachen für ein ungerechtes Urteil können neben der falschen Tatsachenfeststellung auch Fehler in der Rechtsanwendung oder der Strafzumessung sein; in allen drei Bereichen stellt sich für den Richter die Aufgabe der Wahrheitsfindung. Vgl. Spendel, JuS 1964, S. 466 ff.

4) Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 329

besteht, daß man durch eine neue Verhandlung dem Ziel der Gerechtigkeit näherkommen könnte.¹⁾ Dieser Forderung, der der Inquisitionsprozeß entgegenkam, entspricht unser heute geltendes, auf der im 19. Jahrhundert gewonnenen liberalstaatlichen Position beruhendes Strafprozeßrecht nicht.²⁾ Errungen in der Auseinandersetzung mit dem Absolutismus und dem Polizeistaat postuliert es unter Berücksichtigung rechtsstaatlicher Belange die Formstrenge des Verfahrens.³⁾ Ein wesentliches Element der Starrheit der Verfahrensvorschriften ist der Grundsatz der Endgültigkeit der Entscheidung.⁴⁾ Dies bedeutet, daß unter gewissen Voraussetzungen davon abgesehen wird, eine Entscheidung, die sich als ungerecht erweist, erneut zu überprüfen und zu einem besseren Abschluß zu bringen. Mit dem Verzicht auf die Möglichkeit einer gerechten Entscheidung im Einzelfall wird aber nicht die Rechtskraft zum alleinigen Prozeßziel erhoben.⁵⁾ Wenn auch die Rechtssicherheit einen Bestandteil der Rechtsidee darstellt⁶⁾ und ein notwendiges Element jeder Rechtsordnung ist, so läßt sich das Verlangen nach Endgültigkeit eines Urteils doch nicht aus sich selbst rechtfertigen, sondern nur unter der Voraussetzung, daß das Endziel der Erlass eines g e r e c h t e n Urteils ist und dieses Ziel auch mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erreicht wird.⁷⁾

In dieser Situation zeigt sich die Antinomie der beiden Werte der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit: Ein mit

1) Schmidhäuser, S. 513

2) Henkel, S. 441; Oehler, S. 139

3) Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 11 A; Eb. Schmidt, Lehrk. I, RdNr. 331

4) Dazu Henkel, Rechtsphilosophie, S. 338

5) Zur Frage nach dem Ziel des Strafverfahrens vgl. die Darlegungen von Schmidhäuser, S. 511 ff. und Stock, Festschrift für Ed. Mezger, S. 429 ff.

6) Radbruch, S. 168 ff.; Henkel, Rechtsphilosophie, S. 339 ff.

7) Kriele, S. 87; Schmidhäuser, S. 515; Stock, Festschrift für Ed. Mezger, S. 451

rechtsstaatlichen Garantien ausgestattetes und damit formstrenges Verfahren erscheint nach unserer Vorstellung als der beste Weg zur Ermittlung der Wahrheit und zur Gewinnung gerechter Urteile, enthält aber mit dem Institut der Rechtskraft gleichzeitig den Verzicht, das Ziel der Gerechtigkeit in jedem Einzelfall zu verwirklichen. In dem Spannungsverhältnis der beiden in entgegengesetzte Richtungen strebenden Werte muß nach einem Ausgleich gesucht werden. Wie dieser Kompromiß, als der sich jedes Strafprozeßrecht darstellt, im einzelnen beschaffen ist, hängt entscheidend von politischen und weltanschaulichen Grundeinstellungen hinsichtlich des Verhältnisses Staat - Einzelner ab; das wird z. B. aus den gegensätzlichen Positionen des Inquisitionsprozesses und des liberalrechtsstaatlichen Prozesses deutlich.¹⁾ Aber auch die Entscheidung für eine der Grundpositionen, die mit der Kodifizierung des Strafprozeßrechts vollzogen wird, bringt keine endgültige Lösung des Konflikts. Dadurch wird zwar der ungefähre Weg vorgezeichnet und die äußere Grenze möglicher Lösungen abgesteckt, im einzelnen bleibt jedoch ein weiterer Raum, die verschiedenen Interessengesichtspunkte in dieser oder jener Weise zur Geltung zu bringen. Soweit der Gesetzgeber nicht dezidiert Stellung nimmt, werden auch im Rahmen eines geltenden Strafprozeßrechts die verschiedensten Lösungen vorgetragen, weil es sich hier nicht um logische Erwägungen handelt, sondern unterschiedliche Wertvorstellungen und Zweckmäßigkeitsüberlegungen ausschlaggebend sind. Dies gilt für die Frage nach dem Umfang der materiellen Rechtskraft, die unsere Strafprozeßordnung nicht ausdrücklich beantwortet. Von der Reichweite des Strafklageverbrauchs hängt es u. a. wesentlich ab, in welchem Maß die Forderung nach gerech-

1) Henkel, S. 441; Oehler, S. 139; Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 11 A; Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 329 ff.

ten Urteilen verwirklicht werden kann. Je größer der Geschehensabschnitt ist, den man durch die rechtskräftige Verurteilung als abgegolten ansieht, desto häufiger ist es, daß der Sachverhalt nur unvollständig erfaßt wird und Urteile ergehen, die nicht zu einer schuldangemessenen Bestrafung des Täters führen. Eine Umfangsbeschränkung der Rechtskraftwirkung kann die Quote der ungerechten, weil auf einer lückenhaften Sachverhaltserfassung beruhenden Urteile vermindern. Fraglich ist aber, wie weit diese Forderung zu verwirklichen ist, ohne daß entgegenstehende Verfahrensprinzipien zu stark beeinträchtigt werden.¹⁾

Die Position, die das Reichsgericht bezogen hat, daß nämlich in Rechtskraft die prozessuale Tat erwachse und unter Tat das historische Geschehen zu verstehen sei, soweit es eine natürliche Einheit bilde²⁾, wurde in der Literatur scharf angegriffen.³⁾ Diese Rechtsprechung - so heißt es - dehne den Umfang der Rechtskraft derart weit aus, daß die Gerichte nur noch als formale Gnadeninstanzen zu amten hätten⁴⁾, huldige einem übertriebenen Formalismus⁵⁾ und enthalte eine nicht zu billigende Überspannung der Rechtssicherheitserwartung zum Schaden der materiellen Gerechtigkeit.⁶⁾ Dennoch hat die Rechtsprechung bis heute an ihrer Auffassung festgehalten⁷⁾, obwohl Zweifel an dieser Ansicht immer wieder geäußert werden und verlangt wird, dem Streben nach Gerechtigkeit müsse in stärkerem Maß als bisher

1) Dazu Peters, Lb. S. 437

2) S. näher oben B I 2

3) Bereits Binding, S. 329. Weitere Nachweise in den folgenden Fußnoten.

4) Nagler, ZAKDR 1939, S. 372

5) Peters, Summum ius summa iniuria, S. 203

6) Henkel, S. 446

7) Etwa BGHSt 13, 21 (22)

Rechnung getragen werden.¹⁾ Diese Forderung hat zu einer Reihe von der herrschenden Meinung abweichender Lösungsvorschläge geführt, auf die im Folgenden eingegangen werden soll.

Zwei Ansatzpunkte sind dabei zu unterscheiden²⁾: Entweder man hält an dem Satz fest, daß in Rechtskraft die prozessuale Tat erwächst und versucht, durch eine einschränkende Formulierung des Tatbegriffs zu einer Begrenzung des Strafklageverbrauchs zu kommen; oder man läßt den Tatbegriff unberührt, erstreckt dafür aber den Strafklageverbrauch nicht auf den gesamten Umfang der Tat, sondern nur auf einen Teil von ihr.

2. Der Ansatz am Tatbegriff

Die herrschende Meinung versteht unter der Tat im prozessualen Sinn das historische Geschehen, soweit es bei natürlicher Betrachtung eine Einheit bildet. Eine nähere Ausprägung erhält der Begriff durch die (freilich nur einseitige) Gleichsetzung mit der Handlung des materiellen Rechts. Die Verhaltensweise des Täters, die materiell-rechtlich eine Handlung darstellt, gehört prozessual derselben Tat an. Da das fortgesetzte Delikt als eine Handlung i. S. der §§ 73, 74 StGB begriffen wird, sind sämtliche Einzelakte auch Bestandteile einer Tat i. S. des § 264 StPO, und durch die rechtskräftige Verurteilung wird die Strafklage - nach dem Satz, daß in Rechtskraft die Tat erwächst - für die gesamte fortgesetzte Handlung verbraucht.³⁾

Die Reichweite der materiellen Rechtskraftwirkung wird

1) Busch, ZStW 68, S. 3; Geerds, S. 400; Heinitz, JZ 1952, S. 103 Fußn. 28; Jescheck, JZ 1957, S. 30; Oehler, S. 144; Peters, Summum ius summa iniuria, S. 203 f.; Ramm, DStR 1939, S. 37 ff.; Vogler, S. 96

2) Hier werden zunächst nur die Vorschläge behandelt, die eine Lösung vom Prozeßrecht her zu erreichen suchen.

3) Dazu näher oben B I 3

danach durch den Umfang des Fortsetzungszusammenhangs bestimmt. Will man diese vielfach als zu weit angesehene Sperrwirkung einschränken, ohne die sachlich-rechtliche Figur der fortgesetzten Handlung in ihrer bisherigen Gestalt wesentlich zu ändern und ohne den Grundsatz aufzugeben, daß sich der Strafklageverbrauch auf die Tat im prozessualen Sinn erstreckt, dann ist nur ein Weg möglich: die Gleichsetzung von prozessualer Tat und Handlung muß aufgelöst werden. Nur wenn das fortgesetzte Delikt im verfahrensrechtlichen Bereich anders behandelt wird als im materiell-rechtlichen, also das, was i. S. der §§ 73, 74 StGB eine Einheit darstellt, bei § 264 StPO als Mehrheit aufgefaßt wird, ist eine Beschränkung der Rechtskraftwirkung zu erreichen. Das setzt die Formulierung eines Tatbegriffes voraus, der gegenüber dem herrschenden im Umfang derart beschränkt ist, daß Tatidentität nur bezüglich eines Teiles des Fortsetzungszusammenhangs besteht und ein fortgesetztes Delikt als eine Mehrheit prozessualer Taten aufzufassen ist.

An Versuchen, den Begriff der Tat abweichend von dem der herrschenden Auffassung durch andere Kriterien zu definieren, fehlt es nicht.¹⁾ Entsprechend der Bedeutung der Tatidentität als Rahmen für die Rechtshängigkeit und die Rechtskraft ist ihre Umschreibung immer wieder in Angriff genommen worden. Dabei ist man zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen gelangt. Wollten die einen den Begriff der Tat mit dem der Handlung vollkommen gleichsetzen und Tatidentität immer und nur dann annehmen, wenn die zu prüfenden Sachverhaltsteile derselben Handlung angehörten²⁾, forderten andere die vollständige

1) Eine ausführliche Darstellung gibt Spinnellis, S. 79 ff., einen knappen Überblick über die neueren Ansichten Jescheck, JZ 1957, S. 30. Für die älteren Auffassungen vgl. Schwinge, ZStW 52, S. 204 ff.

2) So Bennecke-Beling, S. 212; Graf zu Dohna, Lb. S. 218. Ebenso vertritt Keetsin Liu (StrafAbh. Heft 221) in seiner eingehenden Untersuchung die Auffassung, daß der Begriff der Tat an dem materiell-rechtlichen der Handlung anknüpfen müsse; dazu Mannheim, ZStW 49, S. 706 ff.

Ausschaltung des Handlungselements aus dem Identitätsbegriff und beurteilten die Einheitlichkeit der Tat allein nach der Gleichheit des Erfolgs.¹⁾ Eine dritte, besonders von Schwinge vertretene Meinung vereinigt beide Aspekte, indem sie die Gleichheit der Rechtsgutsverletzung als zusätzliches identitätsbegründendes Merkmal neben der Handlung verwendet.²⁾ Ebenso wie Schwinge, der es als eine vergebliche Hoffnung bezeichnete, "das Problem der Identität der Tat ausschließlich mit natürlichen Kriterien meistern zu können"³⁾, bemüht sich auch Oehler⁴⁾ um die Gewinnung normativer Maßstäbe. Er betont zwar die Eigenständigkeit des Tatbegriffs gegenüber dem materiellen Recht, hält aber dennoch den Rückgriff auf das materielle Strafrecht für nötig, weil dieses die Beurteilungsgrundlage für das Strafprozeßrecht abgebe. Er führt den Begriff der "Handlungssubstanz" ein und bejaht Tatidentität, wenn die nachträgliche Entdeckung einer strafbaren Verhaltensweise unter Wahrung desselben Deliktstypus nur ein Wachsen oder Verringern der ursprünglich angeklagten Tat bedeute.⁵⁾ Demgegenüber geht Peters⁶⁾ bei der Bestimmung des Tatbegriffs von dem einheitlichen geschichtlichen Ereignis aus, wirft der herrschenden Auffassung aber vor, sie sei mit der Formel von dem gleichen historischen Geschehen bei einer reinen Oberflächenschau stehengeblieben. Es werde außer acht gelassen, daß der äußere Akt erst durch seine Richtung auf ein bestimmtes Ziel zu einem besonderen Vorgang hervorgehoben werde. Zur Kennzeichnung der Tat bei der Rechtskraft⁷⁾

1) Kadečka, JurBl 61, S. 49 ff. und DJ 1942, S. 210 ff.

2) Schwinge, ZStW 52, S. 203 ff. im Anschluß an von Kries, S. 570 und Rosenfeld, S. 238 Fußn. 12

3) ZStW 52, S. 220

4) Oehler, S. 139 ff.

5) AaO., S. 148 ff.

6) Peters, Lb. S. 439 ff.; zustimmend Jescheck, JZ 1957, S. 30

7) Peters (Lb. S. 243 f.) definiert den Begriff der Tat im Bereich der Rechtskraft anders als bei der Rechtshängigkeit. Dagegen Henkel, S. 444 Fußn. 11; Oehler, S. 142.

müsse deshalb auf die "Richtung des Tätigkeitsaktes" abgestellt werden.

Die Tatbegriffe von Schwinge, Oehler und Peters führen im Einzelfall zu unterschiedlichen, von der herrschenden Meinung abweichenden Resultaten. In dem hier allein interessierenden Bereich des Fortsetzungszusammenhangs jedoch ist das Ergebnis dasselbe: eine fortgesetzte Handlung ist in ihrem gesamten Umfang immer nur eine Tat. Schwinge kommt zu dieser Feststellung auf Grund der Gleichheit des kriminellen Gehalts der Teilakte; die fortgesetzte Straftat sei ein Wert-Ganzes und müsse als Einheit behandelt werden.¹⁾ Oehler bejaht Identität, weil die Substanz der Tat bei der fortgesetzten Handlung stets die gleiche sei.²⁾ Und letztlich führt auch die nach Peters maßgebliche Richtung des Tätigkeitsaktes zur prozessualen Tateinheit; denn sämtliche Teilhandlungen eines fortgesetzten Delikts weisen dieselbe Richtung auf.³⁾

- a) Die Auffassung Geerds' (Die Tat als der durch die Anklage individualisierte Sachverhalt)

Im Unterschied zu den dargestellten Auffassungen ist nach dem von Geerds vertretenen Tatbegriff die fortgesetzte Handlung in eine den Teilakten entsprechende Zahl prozessualer Taten aufzuspalten.⁴⁾ Geerds geht von der Struktur unseres Strafverfahrens als Akkusationsprozeß aus. Da in § 151 StPO der Anklagegrundsatz nie-

1) Schwinge, ZStW 52, S. 234 und S. 236

2) Oehler, S. 156

3) Peters vertritt freilich für die fortgesetzte Handlung eine andere Lösung (Ib. S. 442); diese ist aber keine notwendige Konsequenz seines Tatbegriffs. Sie ist deshalb nicht hier, sondern bei der sog. prozessualen Teilung der fortgesetzten Handlung unter b) zu behandeln.

4) Geerds, S. 359 ff. Die Auffassung Geerds' liegt auch der kürzlich erschienenen Dissertation von Noftz, Der Prozeßgegenstand im Strafverfahren in Fällen fortgesetzter Handlung und gleichartige Verbrechensmenge (insbesondere S. 41 ff. und S. 143 ff.), zugrunde. Die unten aufgezeigten Einwände gegen die Geerds'sche Ansicht richten sich deshalb in gleicher Weise gegen die Darlegungen von Noftz.

dergelegt sei und sich die Anklage auf die Tat beziehe, müsse die Tatidentität grundsätzlich durch die Anklage bestimmt werden. Der in ihr bezeichnete Sachverhalt gebe den Umfang der Tat an. Dieser Sachverhalt dürfe zwar ergänzt werden, es müsse aber unterschieden werden zwischen der Ausfüllung des oft unvollständigen Tatsachenvortrags der Anklage und der wirklichen Erweiterung auf neue Tatsachen. Jede "neue Tatsache" gehöre einer anderen Tat an.¹⁾ Ausschlaggebend für die Frage, ob ein Sachverhalt neu sei, sei der soziale Sinnzusammenhang, der aus den Tatsachen im Hinblick auf die Deliktstypen zu entnehmen sei. Unter Tat versteht Geerds demnach "den in der Anklage bezeichneten und einen Sinnzusammenhang verkörpernden Sachverhalt."²⁾

Besonders betont wird dabei die Unabhängigkeit dieses so verstandenen Begriffs von allen Erwägungen zur Handlungseinheit oder -mehrheit. Was materiell-rechtlich eine Einheit sei, könne prozessual in mehrere Taten zerfallen. Es stehe deshalb nichts entgegen, den Fortsetzungszusammenhang für prozessuale Zwecke aufzuspalten. Da jeder Einzelakt für sich einen Sinnzusammenhang verkörpere und als neue Tatsache im Verhältnis zu den übrigen Akten aufzufassen sei, bilde jede im Urteil nicht erwähnte Teilhandlung eine eigene Tat.³⁾

Dieser Formulierung des Tatbegriffs, wie sie Geerds vertritt, stehen entscheidende Bedenken entgegen. Ein Blick in die Motive - und zwar zu § 223 (des heutigen § 264) StPO - zeigt, daß die Forderung, den Richter streng an die Anklage zu binden und ihm die Berücksichtigung neuer, in der Anklage nicht erwähnter Tatumstände zu untersagen, nicht erstmalig erhoben wird.⁴⁾ Bereits bei

1) AaO., S. 362

2) AaO., S. 364

3) AaO., S. 413 ff.

4) Hahn, Materialien, S. 207

der Kodifizierung der Strafprozeßordnung wurden die beiden möglichen Regelungen gegeneinander abgewogen. Entweder lasse man, so wurde argumentiert, eine Umgestaltung der Strafklage durch das Gericht im Rahmen der Tat (verstanden als einheitliches historisches Geschehen) zu und verbiete eine nochmalige Verfolgung in diesem Umfang, oder man halte jede Einbeziehung eines in der Anklage nicht erwähnten Umstandes für unzulässig, müsse dann aber die Möglichkeit einer erneuten Strafverfolgung wegen desselben geschichtlichen Ereignisses gewähren.

Warum man sich für die erste Möglichkeit und damit gegen eine strenge Bindung des Richters an die Anklage entschieden hat, soll an einem Beispiel gezeigt werden: Der Täter ist wegen Diebstahls einer Geldsumme angeklagt. In der Hauptverhandlung stellt sich heraus, daß er das Geld nicht weggenommen, sondern den Eigentümer mit Schlägen zur Herausgabe des Betrages gezwungen hat. Der Übergang von § 242 StGB auf § 255 StGB ist nur möglich, wenn die neue Tatsache der Gewaltanwendung berücksichtigt werden darf. Nach der Meinung¹⁾, die bei jeder neuen Tatsache Identität der Tat verneint, kann die für eine Verurteilung nach § 255 StGB notwendige tatsächliche Grundlage nur durch eine zweite Anklage einbezogen werden. Bleibt der Weg einer Nachtragsanklage gemäß § 266 StPO wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder mangels Zustimmung des Angeklagten versperrt, so ist in einer zweiten, durch eine erneute Anklage vorbereiteten Hauptverhandlung der Täter nach § 255 StGB zu verurteilen. Wegen der zunächst angeklagten Tat (Wegnahme des Geldes) muß jedoch freigesprochen werden. Denn ohne die Einbe-

1) Geerds geht nicht ganz so weit, wenn er für den Rahmen der Tat den "sozialen Sinnzusammenhang" maßgeblich sein läßt (S. 362 f.). Da sich dieser aber "aus den Tatsachen im Hinblick auf die Deliktstypen" ergeben soll (S. 363), dürfte im angeführten Beispielfall auch nach seiner Auffassung prozessuale Tatmehrheit anzunehmen sein.

ziehung der neuen, in der Anklageschrift nicht enthaltenen Umstände kann eine Verurteilung nicht erfolgen, weil insoweit eine Strafbarkeit nicht gegeben ist.

Dieses Ergebnis ist aus mehreren Gründen fragwürdig. Dem Gericht wird die Aufgabe der Wahrheitsfindung stark erschwert, weil es immer dann, wenn neue Tatsachen auftauchen, keine weiteren Untersuchungen anstellen kann, sondern auf eine erneute Anklage angewiesen ist. Für den Angeklagten birgt es einen schweren Nachteil in sich. Er wird zwar freigesprochen, doch ist dieser Freispruch für ihn wertlos, weil er anschließend mit Sicherheit verurteilt wird. Wegen eines Umstandes, der nach herrschender Meinung gemäß § 265 StPO mit einem Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes erledigt wird, muß er zweimal die Nachteile eines Verfahrens über sich ergehen lassen.¹⁾ Gegen den Gedanken der Prozeßökonomie wird in eklatanter Weise verstoßen, wenn wegen des gleichen Vorgangs nur deshalb, weil eine neue Tatsache bekannt wird, zwei Verfahren von der Anklage bis zum Urteil durchgeführt werden müssen. Schließlich ist es für den Außenstehenden gänzlich unverständlich und dient nicht dem Ansehen der Justiz, wenn der offensichtlich Schuldige freigesprochen wird, um darauf in einem neuen Prozeß verurteilt zu werden. Diese Erwägungen zeigen, daß die vorgeschlagene Beschränkung des Tatbegriffs zu kaum hinnehmbaren Ergebnissen führt. Besonders evident wird das dann, wenn sich in der zweiten Hauptverhandlung nochmals neue Tatsachen herausstellen, die den Rahmen der Tat wiederum sprengen. Das Gericht kann das ihm auferlegte Gebot der materiellen Wahrheitserforschung nur unter der Voraussetzung erfüllen, daß es in einem bestimm-

1) Welche Bedeutung diesem Argument besonders heute zugemessen wird, macht BGHSt 9, 324 (331 ff.) deutlich.

ten, nicht zu eng umgrenzten Bereich von dem Inhalt der Anklage in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung abweichen darf. Nur so kann das zu beurteilende Geschehen möglichst allseitig erfaßt werden.¹⁾ Wenn dagegen mit jeder neuen Tatsache die Grenze der Tat und damit der Ermittlungstätigkeit erreicht ist, werden Schranken errichtet, die die Aufdeckung der Wahrheit außerordentlich erschweren.

Gegen die Formulierung des Tatbegriffs dahin, daß jeder neue Umstand einer anderen Tat angehört, spricht de lege lata ein weiteres Argument. Die Strafprozeßordnung hat den Begriff der Tat zwar nicht ausdrücklich auf ein Schema festgelegt.²⁾ Aus der Regelung des Wiederaufnahmeverfahrens ist aber erkennbar, daß dem Gesetz eine bestimmte Fassung des Tatrahmens zugrunde liegt und daß die Grenzziehung mittels des Kriteriums "neue Tatsache" damit nicht in Einklang zu bringen ist. Nach § 359 Nr. 5 StPO kann eine rechtskräftige Entscheidung **z u g u n - s t e n** des Verurteilten durch neue Tatsachen beseitigt werden. Eine entsprechende Bestimmung bei der Wiederaufnahme **z u u n g u n s t e n** des Verurteilten (§ 362 StPO) fehlt.³⁾ Hieraus ist zu schließen, daß in einem bestimmten Rahmen auf Grund neuer Tatsachen das rechtskräftige Urteil nur zum Vorteil, nicht aber zum Nachteil des Täters soll abgeändert werden können.⁴⁾ Diese vom Gesetz vorgesehene Differenzierung zwischen der Wiederaufnahme zugunsten und der zuungunsten des Verurteilten würde gänzlich aufgehoben, wollte man mit

1) Anschaulich Hall, D Rechtsw. 1941, S. 306 f.

2) Busch, ZStW 68, S. 7; Jescheck, JZ 1957, S. 30

3) Abgesehen von dem Fall, daß der Freigesprochene ein glaubwürdiges Geständnis abgelegt hat (§ 362 Nr. 4 StPO).

4) Müller-Sax (KMR), Vorb. § 359 Anm. 6; Peters, Lb. S. 588

Geerds den Rahmen der Tat in der Weise bestimmen, daß jede neue, aus dem angeklagten "sozialen Sinnzusammenhang" herausfallende Tatsache einer anderen Tat zugehört.¹⁾ Eine nochmalige Strafverfolgung desselben Täters wegen einer neuen Tatsache wäre schon - ohne daß es eines Wiederaufnahmeverfahrens bedürfte - deshalb möglich, weil das Verbot des bis in idem sich hierauf nicht erstrecken würde.

Aus all diesen Gründen kann der von Geerds vertretenen Einschränkung des Tatbegriffs nicht gefolgt und die daraus resultierende Begrenzung des Strafklageverbrauchs bei Fortsetzungszusammenhang nicht anerkannt werden.

b) Die prozessuale Teilung der fortgesetzten Handlung

Versuchte die unter a) dargestellte Auffassung eine Beschränkung der Rechtskraftwirkung bei der fortgesetzten Handlung über eine Neuformulierung des Tatbegriffs zu erreichen, so glaubt die mit dem Ausdruck "Prozessuale Teilung der fortgesetzten Handlung" bezeichnete Meinung dasselbe Ergebnis auf dem Boden des herrschenden Tatbegriffs vertreten zu können.²⁾ Auch sie will daran festhalten, daß das fortgesetzte Delikt materiell-rechtlich als Einheit zu behandeln ist. Prozessual müsse aber jede Teilhandlung des Fortsetzungszusammenhangs als selbständige Tat i. S. des § 264 StPO begriffen werden. Dies ergebe sich aus einer konsequenten Anwendung des herrschenden Tatbegriffs auf die fortgesetzte Handlung: Eine natürliche Betrachtungsweise, auf die es danach ankomme, sehe in jedem Einzelakt einen selbständigen einheitlichen Lebensvorgang; die "typisch juristische Konstruktion"

1) Vgl. auch Busch, ZStW 68, S. 6 f.; dazu die Kritik von Vogler, S. 100, die jedenfalls gegen die hier vorgebrachte Argumentation nicht durchschlagen kann.

2) Ausführlich Dietr. Mann, S. 74 ff.; ebenso D. und U. Mann, ZStW 75, S. 251 ff.

des Fortsetzungszusammenhangs müsse notwendig in ihre Einzelteile zerfallen, wenn man von der natürlichen Auffassung des Lebens ausgehe.¹⁾ Jeder Teilakt sei deshalb eine Tat im prozessualen Sinn. Die verfahrensrechtliche Aufspaltung trotz materiell-rechtlicher Einheitsbehandlung sei auch durchaus möglich. Die fortgesetzte Handlung sei nicht ein funktional untrennbares Ganzes²⁾, sondern eine Zweckschöpfung.³⁾ Eine derart gedachte Einheit müsse nicht in jeder Beziehung einheitlich behandelt werden. Was unter dem Gesichtspunkt der Strafenbildung berechtigt sei, brauche es nicht auch bei der Bestimmung des Umfangs der Sperrkraft zu sein. Es stehe deshalb nichts im Wege, das fortgesetzte Delikt im materiellen Recht als eine Handlung, im Verfahrensrecht dagegen jeden Teilakt als eine Tat anzusehen.⁴⁾⁵⁾

Es ist zuzugeben, daß der auch im Bereich des Fort-

1) Dietr. Mann, S. 114; D. und U. Mann, ZStW 75, S. 258

2) So aber Eb. Schmidt, SJZ 1950, Sp. 292

3) Wie das in der Rechtsprechung überwiegend vertreten wird: RGSt 66, 45 (48); 70, 243 (244); BGHSt 3, 165 (167 f.); 5, 136 (138). Ebenso Baumann, S. 612; Maurach, AT, S. 627 f.; Peters, JZ 1957, S. 482; R. Schmitt, ZStW 75, S. 59 f.

4) Dietr. Mann, S. 114; D. und U. Mann, ZStW 75, S. 260 f.

5) Auch Peters, Lb. S. 442, vertritt - wenn auch in eingeschränkter Form - die prozessuale Teilung der fortgesetzten Handlung. Hatte er bei der allgemeinen Bestimmung des Tatbegriffs maßgeblich auf die Richtung des Tätigkeitsaktes abgestellt (Lb. S. 439), so soll bei dem fortgesetzten Delikt über die Identität danach entschieden werden, ob sich die Einzelakte gegen den Objektbereich desselben Inhabers oder verschiedener Personen richten. Diese Differenzierung folge daraus, daß bei der Verletzung mehrerer Rechtsgutsinhaber die erforderliche Offensichtlichkeit und Überschaubarkeit verloren gehe. Der Fortsetzungszusammenhang, der materiell-rechtlich eine Handlung darstelle, sei deshalb prozessual in so viele Taten aufzuspalten, wie Personen verletzt würden. Peters kommt zu dem gleichen Ergebnis wie D. und U. Mann, wenn sich jede Teilhandlung gegen einen anderen Rechtsgutsträger richtet, weil in diesem Fall jeder Teilakt eine prozessuale Tat darstellt.

setzungszusammenhangs von der herrschenden Meinung vertretene Satz, eine materiell-rechtliche Handlung könne immer nur eine prozessuale Tat sein, nicht notwendig aus einem Vergleich der Begriffe der Tat und der fortgesetzten Handlung folgt. Die prozessuale Tat wird definiert als geschichtlicher Vorgang in seiner Gesamtheit, soweit er nach der Auffassung des Lebens eine Einheit bildet¹⁾; über die Einheitlichkeit der Tat entscheidet also letztlich eine natürliche Betrachtungsweise. Da bei dem fortgesetzten Delikt aber gerade bestritten wird, daß sich die Zusammenfassung der Teilakte zu einer Handlung aus einer solchen natürlichen Betrachtung rechtfertigen läßt²⁾, liegt es nahe, nicht die Fortsetzungstat in ihrem gesamten Umfang, sondern jeden Teilakt als ein eigenes geschichtliches Vorkommnis zu qualifizieren. Die Frage ist aber, ob die Behauptung, ein fortgesetztes Delikt könne in mehrere prozessuale Taten aufgespalten werden, haltbar ist.

Die prozessuale Teilung der fortgesetzten Handlung hat zur Folge, daß jede Teilhandlung in der Anklageschrift und im Urteil besonders erwähnt und im einzelnen beschrieben werden muß.³⁾ Das ist deshalb erforderlich, weil jede prozessuale Tat einer eigenen Beurteilung bedarf, damit der Umfang der Rechtskraftwirkung klargestellt ist.⁴⁾ Nun ist bereits oben⁵⁾ bei der Frage, welchen Erwägungen der Begriff des Fortsetzungszusammenhangs heute seine Existenzberechtigung verdankt, ausgeführt worden, daß durch die Figur der fortgesetzten Handlung in bestimmten Fällen

1) BGH, LM § 264 StPO Nr. 9

2) Frank, § 74 Anm. V 2 c; Honig, Studien S. 61 ff.; Preiser, ZStW 58, S. 752 und S. 775; R. Schmitt, ZStW 75, S. 59; Warda, JuS 1964, S. 85

3) Darauf haben D. und U. Mann (ZStW 75, S. 264) selbst hingewiesen.

4) Peters, I. b. S. 404; Eb. Schmidt, Lehrk. II § 260 Nr. 7

5) S. 6 ff.

das Ausmaß der zu einer Verurteilung notwendigen Sachverhaltsfeststellung eingeschränkt wird. Einmal ist das der Fall, wenn zwar der zurechenbare Gesamterfolg feststeht, sich aber die verschiedenen Teilakte nicht mehr rekonstruieren lassen; zum andern wird die Feststellung des Sachverhalts darüber hinaus dann erleichtert, wenn sämtliche Teilhandlungen gegen den gleichen Rechtsträger gerichtet sind. Mit der prozessualen Aufspaltung des fortgesetzten Delikts kann man diesen Fällen nicht gerecht werden¹⁾, weil danach auch bei derartigen Sachgestaltungen eine Verurteilung wegen des gesamten Fortsetzungszusammenhangs nur nach vollständiger Ermittlung aller Teilstücke der Handlungskette möglich ist. Erinnerung sei insbesondere an den oben erwähnten Beispielsfall, daß ein Täter mehrfach an dem gleichen Kind Unzuchtshandlungen vorgenommen hat. Während bei Zugrundelegung der herrschenden Meinung zur Verurteilung wegen einer fortgesetzten Handlung die Feststellung ausreicht, daß sich der Täter entsprechend einem Gesamtvorsatz in gleicher Weise während eines abgegrenzten Zeitraums in einer zu bestimmenden Mindestzahl von Fällen an dem Kind vergangen hat, muß bei der prozessualen Teilung des fortgesetzten Delikts auch der genaue Zeitpunkt jeder Einzeltat festgestellt werden. Gerade diese Forderung wird aber nicht selten auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen, so daß schon deshalb Bedenken gegen die prozessuale Teilung der fortgesetzten Handlung anzumelden sind.

Die Aufspaltung des Fortsetzungszusammenhangs im prozessualen Bereich führt zu weiteren Erschwernissen im Ablauf des Verfahrens, die sich daraus ergeben, daß jeder Einzelakt eine selbständige prozessuale Tat bildet.²⁾ So muß einmal wegen jeder nicht erwiesenen Teil-

1) Jedenfalls nicht in der Form, wie sie von D. und U. Mann vertreten wird.

2) D. und U. Mann, ZStW 75, S. 264

handlung ausdrücklich freigesprochen werden. Bringt dies bereits eine Mehrarbeit für das Gericht mit sich, wirkt sich ein anderer Gesichtspunkt noch nachteiliger aus:

Wenn während der Hauptverhandlung Einzelakte entdeckt werden, die in der Anklageschrift nicht enthalten sind, dann ist wegen jeder neuen Teilhandlung gemäß § 266 StPO zu verfahren. Die Staatsanwaltschaft muß Nachtragsanklage erheben und das Gericht einen Einbeziehungsbeschluß erlassen, falls der Angeklagte der Mitbehandlung der neu hervorgetretenen Teilakte zustimmt. Verweigert er sein Einverständnis, ist insoweit ein zweites Verfahren nötig. Da sich dieser Vorgang mehrmals wiederholen kann, wenn die Teilakte sukzessiv bekannt werden, kann der Verfahrensablauf hierdurch erheblich verzögert werden.

Auf Grund dieser Konsequenzen der prozessualen Teilung der fortgesetzten Handlung wurde bezweifelt, ob die vorgeschlagene rigorose Verengung des Tatbegriffs ein gangbarer Weg ist, den Strafklageverbrauch bei Fortsetzungszusammenhang zu beschränken. Selbst Nagler, der gegen die Handhabung der Rechtskraftproblematik durch das Reichsgericht mit scharfen Worten polemisierte, hat im Hinblick auf die verfahrensrechtliche Aufspaltung von "prozessualen Unmöglichkeiten" gesprochen¹⁾ und sich damit Schwarz angeschlossen, der die Teilung infolge der prozessualen Nachteile und Erschwernisse als bedenklich bezeichnet hat.²⁾

Allerdings werden die Argumente von Schwarz und Nagler dadurch weitgehend entkräftet, daß sie sich nicht nur gegen die Aufspaltung der fortgesetzten Handlung, sondern auch und in erster Linie gegen die der Sammelstrafat richteten³⁾, und sich inzwischen gezeigt hat,

¹⁾ ZAkDR 1939, S. 374

²⁾ ZAkDR 1938, S. 539 ff. und DStR 1939, S. 89 ff.

³⁾ Veranlaßt waren die Ausführungen durch die Entscheidung RGSt 72, 164 ff., in der das Reichsgericht mit der bis dahin ständigen Rechtsprechung,

daß die Teilung der Sammelstraftat entgegen allen Einwänden sehr wohl durchführbar ist.¹⁾ Da die prozessualen Konsequenzen hier eine Auflösung der einheitlichen Rechtsfigur in ihre Einzelteile nicht verhindern konnten, überzeugt es nicht, wenn man die Zerlegung des fortgesetzten Delikts allein mit dem Hinweis auf die verfahrensrechtlichen Folgen ablehnen wollte; denn die Problemlage ist bei beiden Fällen - jedenfalls im prozessualen Bereich - weitgehend die gleiche. Die Anhänger der prozessualen Teilung der fortgesetzten Handlung berufen sich deshalb auch auf die Entwicklung bei der Sammelstraftat und sehen hierin eine Bestätigung der Richtigkeit ihrer Auffassung.²⁾ Ob zu Recht, erscheint indes fraglich, weil sich die bei der fortgesetzten Handlung vorgeschlagene Lösung von der Behandlung der Sammelstraftat in einem wesentlichen Punkt unterscheidet. Während die Sammelstraftat seit RGSt 72, 164 ff. sowohl materiell-rechtlich wie prozessual als Mehrheit von Handlungen und von Taten aufgefaßt wird, soll der Fortsetzungszusammenhang im materiellen Recht weiterhin eine Handlung darstellen und nur verfahrensrechtlich in seine Einzelteile aufgelöst werden. Dieser Unterschied zur Behandlung der Sammelstraftat, nämlich die prozessuale Teilung trotz materiell-rechtlicher Einheit, ist es, der die vorgeschlagene Lösung fragwürdig macht. Ihr liegt eine

daß nämlich gewerbs- und gewohnheitsmäßige Verbrechen jeweils als eine Handlung zu qualifizieren seien, brach und die Sammelstraftat materiell- und verfahrensrechtlich in ihre Einzelteile aufspaltete.

- 1) Daß gewerbsmäßig oder gewohnheitsmäßig begangene Delikte als selbständige Handlungen zu werten sind, entspricht heute ganz herrschender Ansicht: BGHSt 1, 41 ff.; aus der Lehre etwa Geier in Löwe-Rosenberg, § 264 Anm. 3 f.; Müller-Sax (KMR), § 264 Anm. 5 A f.; Schönke-Schröder, Vorb. § 73 RdNr. 54. Anderer Ansicht insbesondere Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 309 ff. Peters, Lb. S. 443 will das Kollektivdelikt materiell-rechtlich als Einheit behandeln, es aber prozessual aufspalten.
- 2) D. und U. Mann, ZStW 75, S. 264 f.

Vorstellung über das Verhältnis von Handlung und prozessualer Tat zugrunde, die mit dem geltenden Strafprozeßrecht nicht in Einklang zu bringen sein dürfte.

Durch die Figur des Fortsetzungszusammenhangs wird eine Mehrheit von Einzelbetätigungen zu einer Handlung verbunden, obwohl jeder Akt für sich den Straftatbestand voll verwirklicht. Die Folge ist, daß durch die Teilhandlungen nicht mehrere Strafgesetze verletzt werden und das fortgesetzte Delikt kein Fall des § 73 StGB ist.¹⁾ Denn "die Bedeutung der fortgesetzten Tat liegt gerade darin, daß sie die mehreren Teilhandlungen nicht nur zu einer Handlungs-, sondern auch zu einer Verbrechenseinheit, zu e i n e m Delikt im Sinne e i n e r Gesetzesverletzung zusammenfaßt."²⁾ Als Verbrechenseinheit stellt die fortgesetzte Handlung die kleinste Einheit dar, die eine strafrechtliche Reaktion auszulösen vermag. Geht man von dieser Konstruktion aus die verfahrensrechtliche Behandlung der Fortsetzungstat an, so zwingt das materielle Recht dazu, über sämtliche durch einen Fortsetzungszusammenhang verbundenen Teilakte einheitlich zu verhandeln und zu entscheiden.³⁾ Im Regelfall des fortgesetzten Delikts, wenn alle Teilhandlungen die gleiche tatbestandliche Qualität aufweisen, wird die Notwendigkeit einer einheitlichen Entscheidung hinsichtlich des gesamten Fortsetzungszusammenhangs dadurch verdeckt, daß jeder Teilakt denselben Tatbestand wie die Verbrechenseinheit verwirklicht und deshalb eine getrennte Erfassung möglich erscheint. So ist es jedoch nicht, wenn die fortgesetzte Handlung ein anderes Strafgesetz erfüllt als die einzelnen Teilhandlungen. Besteht z. B. ein Fortsetzungszusammenhang aus fünf Einzeldieb-

1) So besonders Warda, JuS 1964, S. 86; ebenso Jagusch in LK, § 73 Anm. 2 d; Schönke-Schröder, Vorb. § 73 RdNr. 14

2) Warda, JuS 1964, S. 86

3) Daß eine einheitliche Entscheidung ergehen muß, räumt auch Geerds, S. 422 Fußn. 1023 ein.

stählen, wobei vier als einfacher und einer als schwerer Diebstahl zu qualifizieren sind, liegt nur ein fortgesetzter schwerer Diebstahl vor.¹⁾ Werden mehrere Verbrauchsmittelentwendungen in Fortsetzungszusammenhang begangen, sind die Einzelerfolge zusammenzuzählen, und es ist, falls der Gesamterfolg die Quantität des § 370 Abs. I Nr. 5 StGB übersteigt, Diebstahl gem. § 242 StGB gegeben.²⁾

In diesen Fällen ist es offensichtlich, daß die getrennte Aburteilung der Bestandteile des fortgesetzten Delikts nicht angängig ist, weil einige (bzw. alle) Einzelakte den Tatbestand gar nicht verwirklichen, aus dem die Strafe für die Verbrechenseinheit zu entnehmen ist. Hier wird deutlich, was für die fortgesetzte Handlung als Verbrechenseinheit generell gilt: Die prozessuale Behandlung des Fortsetzungszusammenhangs muß so gestaltet werden, daß über den gesamten Zusammenhang einheitlich verhandelt und entschieden werden kann.

Dies wird bestätigt durch die Auffassung, die zu der Frage einer Aufspaltung der fortgesetzten Handlung im Rechtsmittelverfahren vertreten wird. Da nach § 318 StPO die Berufung auf bestimmte Beschwerdepunkte beschränkt werden kann, ließe es sich denken, daß der im ersten Verfahren wegen eines fortgesetzten Delikts Verurteilte nur einzelne Akte des Zusammenhangs zum Gegenstand einer zweitinstanzlichen Entscheidung machen wollte. Diese Möglichkeit ist ihm indes verwehrt. Unter "bestimmten Beschwerdepunkten" i. S. des § 318 StPO werden solche verstanden, die sich von den übrigen Teilen des Urteils in einer Weise abtrennen lassen, daß sie - losgelöst von den andern - eine in sich selbständige Prüfung und Beurteilung zu-

1) RGSt 67, 183 (188); Maurach, AT S. 635; Schönke-Schröder, Vorb. § 73 RdNr. 38

2) BGHSt 5, 263 (265); OLG Stuttgart NJW 1963, S. 1415; Schroeder, GA 1964, S. 225 ff. mit weiteren Literaturnachweisen in Fußn. 1; anderer Ansicht OLG Bremen NJW 1959, S. 1839; Geerds, S. 305; Voll, Niederschriften, 2. Bd., S. 292.

lassen.¹⁾ Einzelakte eines Fortsetzungszusammenhangs erfüllen diese Voraussetzungen nicht.²⁾ Mit den Worten des Reichsgerichts ist, wenn ein rechtlich als Handlungseinheit anzusehendes fortgesetztes Delikt den Gegenstand der Anklage bildet, "eine teilweise Anfechtung der auf den Anklagestoff sich beziehenden Urteilsfeststellungen um deswillen ausgeschlossen, weil die Schuldfrage nur einheitlich bejaht oder verneint werden kann."³⁾ Das ist die notwendige Folge der Kontraktion mehrerer Einzelbetätigungen zu einer Verbrechenseinheit, und ebenso, wie dies in der Rechtsmittelinstanz von Rechtsprechung und Lehre anerkannt ist, muß auch sonst in jeder Lage des Verfahrens gewährleistet sein, daß über die fortgesetzte Handlung eine einheitliche Entscheidung ergehen kann.

Diese Gewähr bietet die prozessuale Teilung des fortgesetzten Delikts nicht. Im Gegenteil: Mit der Ansicht, daß jeder Teilakt eine eigene prozessuale Tat bildet, wird die einheitliche verfahrensrechtliche Behandlung des Fortsetzungszusammenhangs von vornherein aufgegeben. Denn die Tat ist die Einheit des Strafprozeßrechts, wie aus den §§ 155 Abs. I, 200 Abs. I, 207 Abs. II Nr. 1, 264, 266 Abs. I StPO zu entnehmen ist; der Sachverhaltsabschnitt, der als eine prozessuale Tat aufzufassen ist, kann sein eigenes verfahrensrechtliches Schicksal erleiden. So ist es denkbar und zulässig, daß die Staatsanwaltschaft, obwohl sie wegen mehrerer Taten gegen denselben Täter ermittelt, zunächst nur eine Tat anklagt; das Gericht hat sich dann nur mit dieser einen in der

-
- 1) RGSt 22, 213 (217); 42, 241 (242); 65, 296 f.; 69, 110 (111); BGHSt 10, 100 (101); OLG Hamm NJW 1962, S. 1074; Jagusch in Löwe-Rosenberg, § 318 Anm. 1; Müller-Sax (KMR), § 318 Anm. 3; Sarstedt, S. 60 f.; Eb. Schmidt, Lehrk. II § 318 Anm. 3; Schwarz-Klein-knecht, § 318 Anm. 1
2) RG JW 1932, S. 60; Hartung, SJZ 1949, Sp. 66; Jagusch in Löwe-Rosenberg, § 318 Anm. 5 c; Sarstedt, S. 62; Eb. Schmidt, Lehrk. II § 318 RdNr. 20
3) RGSt 57, 84

Anklage bezeichneten Tat zu befassen und nur hierüber zu entscheiden. Treten in der Hauptverhandlung bisher unbekannte strafbare Verhaltensweisen des Täters hervor und gehören diese nicht der angeklagten, sondern einer oder mehreren anderen Taten an, dann muß Nachtragsanklage erhoben werden. Wenn der Angeklagte seine nach § 266 Abs. I StPO erforderliche Zustimmung versagt oder für die neu anzuklagenden Taten ein Gericht höherer Ordnung zuständig ist, ist die Einbeziehung nicht zulässig. Auch auf diese Weise kann es geschehen, daß über verschiedene, durch denselben Täter verübte Taten mehrmals entschieden werden muß. Nach der Meinung, die den Fortsetzungszusammenhang prozessual teilen will, ist eine derartige Situation bei der fortgesetzten Handlung möglich, so daß das Gericht zunächst nur einen oder einige der Einzelakte aburteilen kann, obwohl im Zeitpunkt der Entscheidung weitere in den Zusammenhang gehörende Teile bekannt sind. Die aus materiell-rechtlichen Gründen notwendige einheitliche Erfassung der fortgesetzten Handlung wird dadurch vereitelt.

Daß die prozessuale Aufspaltung einer materiell-rechtlichen Handlungseinheit auf einer Verknüpfung des Verhältnisses prozessualer Tat und Handlung beruht, ist auch aus der Strafprozeßordnung selbst zu entnehmen. Zwar wird, da es an einer gesetzlichen Definition des Tatbegriffs fehlt, in der Strafprozeßordnung nirgends ausdrücklich gesagt, daß der Umfang der Tat sich immer auf die gesamte Handlungseinheit erstrecken müsse; doch geht das aus § 200 Abs. I StPO hervor. Nach der Neufassung des § 200 StPO hat die Anklageschrift u. a. die dem Täter zur Last gelegte Tat (im prozessualen Sinn), die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung sowie die anzuwendende Strafvorschrift zu bezeichnen. § 200 Abs. I StPO kann nach seinem Wortlaut und Sinn nur so verstanden werden, daß der Anklagesatz die gesetzlichen Merkmale einer strafbaren Handlung und die Strafvorschrift zu nennen hat, die im Rahmen einer Tat verwirklicht sind. Das bedeutet, daß nach der dem Gesetz

zugrunde liegenden Vorstellung die Tat, deretwegen Anklage erhoben ist, (mindestens) eine strafbare Handlung beinhalten muß, der Umfang der Tat also nicht geringer sein darf als der der Handlung. Die Aufspaltung einer Handlungseinheit in mehrere Taten ist aber gerade die Konsequenz der prozessualen Teilung des fortgesetzten Delikts. Dem Erfordernis des § 200 Abs. I StPO wird damit nicht genügt, weil im Rahmen einer Tat nicht eine strafbare Handlung, sondern nur ein Handlungsteil verwirklicht wird. Außerdem kann nicht, wie es § 200 Abs. I StPO verlangt, das auf die einzelne Tat anzuwendende Strafgesetz bezeichnet werden; denn nicht der Teilakt allein erfüllt die einschlägige Strafvorschrift, sondern die Verbrechenseinheit fortgesetzte Handlung, und diese soll eine Mehrheit von Taten darstellen. Das zeigt sich wiederum besonders bei der Sachgestaltung, daß auf einen Einzelakt ein anderer Tatbestand anzuwenden ist als auf die übrigen Teilstücke des Fortsetzungszusammenhangs. In dem oben erwähnten Beispiel des sich aus mehreren Verbrauchsmittelentwendungen zusammensetzenden Diebstahls muß, wenn gemäß § 200 Abs. I StPO das durch die Tat verwirklichte Strafgesetz bezeichnet werden soll, § 370 Abs. I Nr. 5 StGB genannt werden. Die fortgesetzte Handlung erfüllt aber nicht den Tatbestand der Verbrauchsmittelentwendung, sondern den des Diebstahls, der bei richtiger verfahrensrechtlicher Behandlung allein in Anklageschrift und Urteil anzuführen ist. Die prozessuale Teilung der fortgesetzten Handlung wird deshalb der Bestimmung des § 200 Abs. I StPO nicht gerecht.

Aus diesen Gründen kann der Meinung, die eine materiell-rechtliche Einheit prozessual zerlegen will, nicht gefolgt werden. Es ist vielmehr daran festzuhalten, daß die sachlich-rechtliche Verbrechenseinheit auch verfahrensrechtlich als Einheit zu behandeln ist, daß eine Handlungseinheit zugleich einen unteilbaren Prozeßgegenstand darstellt. Die von der herrschenden Meinung stets vertretene These, daß Tatidentität "ohne weiteres dann

zu bejahen" ist, wenn materiell eine Handlung vorliegt¹⁾, erweist sich damit auch im Bereich des fortgesetzten Delikts als richtig. Die Beschränkung des Umfangs des Strafklageverbrauchs durch eine prozessuale Teilung der fortgesetzten Handlung ist nicht durchführbar.

3. Die Beschränkung des Strafklageverbrauchs durch die konkrete Kognitionsmöglichkeit des Gerichts

Die Funktion des Tatbegriffs besteht zunächst darin, den Sachverhaltsabschnitt zu umschreiben, den das Gericht auf seine strafrechtliche Relevanz hin zu untersuchen berechtigt und verpflichtet ist (§ 155 Abs. II StPO). Ein Vorgang, der zu der abzuurteilenden Tat gehört, muß berücksichtigt, was jenseits der Tat liegt, darf nicht einbezogen werden.²⁾ Eine Ausnahme ergibt sich notwendigerweise dann, wenn einer umfassenden Würdigung rechtliche Hindernisse entgegenstehen. Ist das Gericht wegen des Fehlens einer Prozeßvoraussetzung an der Überprüfung der Tat unter einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt gehindert, kann in dieser Richtung eine Aburteilung nicht erfolgen. Der Tatumfang bildet somit stets die äußerste Grenze für die Entscheidungsbefugnis des Gerichts; diese erstreckt sich aber nicht immer auf die gesamte Tat, sondern kann aus Rechtsgründen auf einen Teil von ihr beschränkt sein.³⁾

Nach der Reichweite der Aburteilungsbefugnis bemißt die herrschende Meinung die Sperrkraft einer rechtskräftigen Entscheidung.⁴⁾ Die Strafklage wird in dem Ausmaß verbraucht, in dem das Gericht in der Lage war, die anhängige Sache zu erledigen. Der Umfang der Rechtskraftwirkung wird danach grundsätzlich durch die Tatidentität, darüber

1) BGHSt 13, 21 (23)

2) Z. B. Müller-Sax (KMR), § 264 Anm. 5 A a b

3) RGSt 46, 363 (367)

4) Dazu oben S. 33 f.

hinaus allein durch eine r e c h t l i c h e Schranke begrenzt. Nur wenn innerhalb des durch Tatidentität zusammengefaßten Tatsachenkomplexes ein rechtliches Hindernis der Erfassung des gesamten Sachverhalts entgegenstand, ist die Sperrkraft der Entscheidung auf einen Teil der Tat beschränkt.¹⁾ Unerheblich dagegen ist es, ob der Erkenntnis im Erstprozeß aus t a t s ä c h l i c h e n Gründen Grenzen gezogen waren.

An diesem Punkt setzt die Auffassung ein, die die Rechtskraft mit dem Kriterium der konkreten Kognitionsmöglichkeit des Gerichts begrenzen will.²⁾ Die Wahrscheinlichkeit, daß der zunächst von einem unvollständig ermittelten Sachverhalt ausgehende Richter im Laufe der Hauptverhandlung den wirklichen Tathergang erkennt, kann größer oder geringer sein. War die Chance der Aufdeckung der wahren Sachgestaltung minimal, weil das Gericht keinerlei Veranlassung hatte, abweichend vom Eröffnungsbeschluß in dieser Richtung zu ermitteln, dann wird das unrichtige Urteil als besonders unbefriedigend empfunden;³⁾ denn hier bestand für das Gericht zwar eine rechtliche, kaum aber eine tatsächliche Möglichkeit, die Wahrheit zu eruieren und tatangemessen zu strafen. Aus diesem Grund wird die Ansicht vertreten, der Verbrauch der Urteilsgewalt dürfe nur insoweit eintreten, als die Prüfungs- und Entscheidungspflicht des Gerichts in der Hauptverhandlung konkret gereicht habe. Es müsse der Satz "ultra posse nemo obligatur" für die richterliche Kognitionspflicht gelten, die den Umfang des Strafklageverbrauchs markiert; erledigt sei nur derjenige Verfah-

-
- 1) RGSt 46, 363 (367 f.); 56, 161 (166); BGHSt 15, 259 f.; Müller-Sax (KMR), Einl. 14 B I d; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Vorb. 151 Anm. 23 b; Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 314; Schwarz-Kleinknecht, Einl. 8 B e
 - 2) Coenders, JW 1925, S. 1003; Hall, DRechtsw. 1941, S. 311 f. u. 326 f.; Henkel, S. 446 (ebenso bereits in Das Deutsche Strafverfahren, 1943, S. 442); Neumann, S. 45; Ramm, DStR 1939, S. 44; Sauer, Prozeßrechtslehre, S. 241 f.; Stock, S. 136
 - 3) Coenders, JW 1925, S. 1003, bezeichnet es als "sinnlos". bei dieser Sachgestaltung an dem unrichtigen Urteil festzuhalten.

rensstoff, den das Gericht nach der in der Verhandlung bestehenden Situation tatsächlich einbeziehen konnte. Nicht die abstrakt-rechtliche Kognitionspflicht, sondern die konkrete Kognitionsmöglichkeit müsse den Umfang der materiellen Rechtskraft bestimmen.¹⁾ Würden nach Rechtskraft der Entscheidung Umstände bekannt, die außerhalb der so umschriebenen Aburteilungsmöglichkeit lagen, könnten diese, obwohl sie der abgeurteilten Tat angehörten, in einem neuen Verfahren behandelt werden.

Ein Bedürfnis für eine erneute Verurteilung sieht ein Teil der Vertreter dieser Meinung nur bei einer wesentlichen Änderung des Unrechtsgehalts der Tat durch die nachträglich entdeckten Tatabschnitte als gegeben an.²⁾ Nur dann wird das dieser Auffassung zugrunde liegende Bestreben berührt, einer Überspannung der Rechtssicherheit zum Schaden der materiellen Gerechtigkeit entgegenzuwirken.

Für die fortgesetzte Handlung bedeutet dies, daß Einzelakte der abgeurteilten Fortsetzungstat zum Gegenstand eines neuen Prozesses unter zwei Voraussetzungen gemacht werden können. Einmal darf im ersten Prozeß keinerlei Anlaß zur Berücksichtigung der übersehenen Teilstücke bestanden haben, zum andern muß durch ihr Hinzutreten der Unrechtsgehalt des abgeurteilten Geschehens wesentlich verändert werden.³⁾

Die dargelegte Lösung ist geeignet, die Forderung nach Gerechtigkeit weitgehend zu verwirklichen⁴⁾; sie erreicht das, ohne den für die Wahrheitserforschung notwendigen weiten Umfang der Klageänderungsbefugnis einzuschränken. Diesem Vorteil stehen jedoch entschei-

1) So Henkel, S. 447

2) Henkel, S. 447; Stock, S. 136

3) So ausdrücklich Henkel, S. 447. Zum gleichen Ergebnis kommt Nagler, ZAkDR 1939, S. 401

4) Das betonen auch Busch, ZStW 68, S. 5 f. und Dietr. Mann, S. 53

dende Einwände gegenüber.¹⁾

(1) Bedenken aus Gründen der Rechtssicherheit

Die Entscheidung, ob die Strafklage für die nach Rechtskraft des früheren Urteils hervorgetretenen Teilakte verbraucht ist, wird von der Staatsanwaltschaft, bzw. dem Richter des zweiten Verfahrens gefällt.²⁾ Sie sollen einen erneuten Prozeß trotz Tatidentität dann durchführen, wenn der Erstrichter keinen Anlaß hatte, in Richtung des übersehenen Sachverhalts zu ermitteln. Dabei soll über die Frage, ob unberücksichtigt gebliebene Tatstücke in einem neuen Verfahren verfolgt werden können, das generelle Können eines "Normalrichters" entscheiden. Dieser Maßstab mag zwar objektiv sein³⁾, er ist aber äußerst vage, weil nicht präzise angegeben werden kann, wo die Fähigkeiten des "Normalrichters" bei der Wahrheitserforschung enden. Die Unsicherheit ist deutlich ablesbar an den unterschiedlichen Formulierungen bei

1) Vgl. zu den folgenden Darlegungen Busch, ZStW 68, S. 6 f. und Dietr. Mann, S. 53 ff., die die Beschränkung der Rechtskraft durch die konkrete Kognitionsmöglichkeit ablehnen. Auch Vogler, S. 97 ff., befaßt sich mit dieser Problematik. Er weicht zwar bereits im Ansatzpunkt von den auf S. 62 in Fußn. 2 zitierten Autoren ab, weil nach seiner Auffassung das "anklägerische Verlangen" den Prozeßgegenstand bildet und dieses in Rechtskraft erwächst (S. 80 ff.). Da aber auch er die Strafklage für solche Sachverhaltsteile nicht als verbraucht ansieht, die ein Normalrichter bei großer Sorgfalt nicht erfassen konnte (S. 93 ff.), richten sich die im Folgenden aufgezählten Einwände auch gegen seine Ansicht.

2) Dietr. Mann, S. 54, sieht bereits in der Tatsache, daß der gleichinstanzliche Zweitrichter prüfen muß, ob der Richter des ersten Verfahrens seiner Aufklärungspflicht mit genügender Sorgfalt nachgekommen ist, ein Argument gegen die konkrete Kognitionsmöglichkeit als Kriterium des Rechtskraftumfangs.

3) Busch, ZStW 68, S. 6; Vogler, S. 98, der den Maßstab noch dadurch konkretisieren will, daß er eine Parallele zu der objektiven Unmöglichkeit im Zivilrecht zieht.

den einzelnen Autoren. Verbraucht soll die Strafklage für solche Tatstücke sein, die "zweckmäßiger- und verständigerweise" Gegenstand der Verhandlung sein konnten¹⁾, die bei Anwendung der "größten"²⁾ oder der "äußersten, eben noch zumutbaren Sorgfalt"³⁾ ermittelt werden konnten, deren Einbeziehung "menschennmöglich" war.⁴⁾ Es liegt deshalb der Einwand nahe, die konkrete Kognitionsmöglichkeit führe wegen der mangelnden Bestimmtheit des Abgrenzungskriteriums zu einer starken Beeinträchtigung der Rechtssicherheit und sei deshalb unverwertbar.⁵⁾ Ob freilich die Vertreter der herrschenden Meinung zu dieser Kritik berechtigt sind und ihr Hinweis auf den Verlust an Rechtssicherheit überzeugt⁶⁾, kann auf den ersten Blick fraglich sein, weil auch sie eine für alle Fälle durchgreifende Formulierung der Tatidentität und damit des Strafklageverbrauchsumfangs nicht zu geben vermögen.⁷⁾

Obwohl es richtig ist, daß beide Ansichten die Reichweite der Sperrkraft eines rechtskräftigen Urteils nicht mit letzter Genauigkeit für jeden Einzelfall von vornherein präzisieren können und begriffliche Unklarheiten jeder Auffassung anhaften, besteht dennoch ein wesentlicher Unterschied.

Will man, von der herrschenden Meinung ausgehend, fest-

1) Coenders, JW 1925, S. 1003

2) Henkel, S. 447

3) Vogler, S. 98

4) Neumann, S. 45

5) So Busch, ZStW 68, S. 6; Mannheim, ZStW 49, S. 708, in einer Besprechung der Arbeit von Keetsin Liu, der ebenfalls die tatsächliche Erforschungsmöglichkeit zur Bestimmung des Umfangs der Sperrkraft verwerten will. Vgl. auch Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 10 B 3 c A (S. 88 f.) und Eb. Schmidt, Lehrk. I S. 178 FuBn. 551

6) Verneinend Dietr. Mann, S. 53; Vogler, S. 97 f.

7) Die Motive zur Strafprozeßordnung (Hahn, S. 205) räumen das ebenso ein wie das Reichsgericht (RGSt 8, 135, 139) und der Bundesgerichtshof (BGHSt 13, 21, 25).

stellen, ob ein nachträglich hervorgetretener Umstand von der Rechtskraftwirkung erfaßt wird, muß die Zugehörigkeit der neuen Tatsache zu dem einheitlichen historischen Geschehen geprüft werden. Um eine Entscheidung fällen zu können, ist es also nur erforderlich, den Sachverhalt, den der Erstrichter dem Urteil zugrunde gelegt hat, und die wirkliche Tatgestaltung, wie sie sich später herausgestellt hat, zu kennen. Unsicherheiten ergeben sich hier allein daraus, daß der Begriff der prozessualen Tat in Grenzbereichen nicht völlig klar ist. Soll dagegen die Reichweite der Sperrkraft mit der konkreten Kognitionsmöglichkeit bestimmt werden, so genügt die Kenntnis des im früheren Urteil behandelten und des wirklichen Sachverhalts nicht. Da die Strafklage hier für solche Tatstücke verbraucht ist, die ein Normalrichter bei größter Sorgfalt einbeziehen konnte, muß der Prozeßverlauf daraufhin überprüft werden, ob das Gericht mit der zumutbaren Gründlichkeit vorgegangen ist. Nur dadurch kann geklärt werden, ob z. B. später aufgetauchtes Beweismaterial bei sorgfältiger Arbeitsweise im abgeschlossenen Verfahren hätte herangezogen und die richtige Spur hätte gefunden werden können. Stellt sich etwa bei der Analyse des Erstprozesses heraus, daß eine Zeugenaussage Andeutungen enthielt, die Ermittlungen hinsichtlich der zunächst unentdeckt gebliebenen Sachverhaltsabschnitte nahegelegt hätte, dann ist die Strafklage verbraucht, weil der Richter seiner Erforschungspflicht nicht mit der nötigen Umsicht nachgekommen ist. Abgesehen von dem eigenartigen Vorgang, daß eine Aussage über den Umfang des Strafklageverbrauchs nur nach einer detaillierten Untersuchung der Akten des vorangegangenen Prozesses möglich ist, wird die Entscheidung über die Sperrkraft abhängig von Einzelheiten, ja von Zufälligkeiten des früheren Prozeßgeschehens. Wie das Ergebnis einer von diesen Faktoren bestimmten Untersuchung des Zweitrichters lauten wird, läßt sich kaum absehen. Der Entscheidung mangelt die hinreichende Be-

rechenbarkeit.¹⁾ Es ist deshalb sehr wohl berechtigt, gegen die Verwertung der konkreten Kognitionsmöglichkeit zur Begrenzung des Umfangs der Sperrkraft Bedenken aus Gründen der Rechtssicherheit anzumelden.

(2) Der Zusammenhang zwischen der Klageänderungsbefugnis und dem Grundsatz ne bis in idem

Die Bestimmung der Reichweite des Strafklageverbrauchs durch die tatsächliche Erforschungsmöglichkeit des Gerichts hat zur Folge, daß der Umfang der Klageänderungsbefugnis und der der Rechtskraft unterschiedlich werden. Ob eine derartige Trennung im Einklang mit der Strafprozeßordnung steht, erscheint zweifelhaft.²⁾ § 155 StPO gibt dem Gericht nicht nur das Recht, sondern macht es zu seiner P f l i c h t , die Tat nach allen Richtungen hin zu erforschen. In der Wahrnehmung dieser Verpflichtung wäre der Richter frei, wenn ihre Nichterfüllung ohne Folgen bliebe, also derselbe Sachverhalt, zu dessen Erforschung das Gericht angehalten war, Gegenstand eines neuen Verfahrens sein könnte. Soll die in § 155 StPO aufgegebenen Erforschungspflicht nicht nur deklaratorische Bedeutung haben, muß ihre Nichterfüllung Sanktionen nach sich ziehen. Zu wirklicher Relevanz wird ihr nur dadurch verholfen, daß der Umfang der Rechtskraftwirkung auf sie abgestellt ist. Kommt das Gericht seiner Aufgabe nicht in vollem Umfang nach, so besteht die Sanktion darin, daß auch bezüglich der nicht berücksichtigten Teilstücke die Strafklage verbraucht ist. Erst dadurch wird die in § 155 StPO statuierte Pflicht zu einer Rechtspflicht. Oehler hat eindringlich dargelegt, daß es sich dabei nicht um eine Frage der Zweckmäßigkeit handelt, sondern die Achtung der Persönlichkeit des Angeklagten eine Interpretation des § 155 StPO in diesem Sinn erfordert.³⁾

1) So mit Recht Busch, ZStW 68, S. 6

2) Dazu Dietr. Mann, S. 55 ff.

3) Oehler, S. 142

Stehe es dem Staat frei, in weitem Ausmaß Tatsachen in den rechtshängigen Prozeß einzubeziehen, erwachse das Urteil aber nur in Bezug auf die konkret abgeurteilte Tat in Rechtskraft, so werde damit die Persönlichkeit negiert und der Angeklagte der Willkür des Staates ausgeliefert; denn der Freispruch verliere seine garantierende Kraft, da die trotz Nichterfüllung der Erforschungspflicht unbekannt gebliebenen Tatsachen in einem neuen Verfahren wiederum verfolgt werden könnten. Der Angeklagte könnte immer erneut überrascht werden, der Staat aber nie. Um das zu verhindern, müsse die Rechtskraft auf die Erforschungspflicht abgestellt werden.¹⁾

Dieser Standpunkt wird auch in den Motiven zur Strafprozeßordnung vertreten²⁾: Bei der Frage, wie zu verfahren sei, wenn in der Hauptverhandlung neue Tatsachen hervortreten, die nicht in der Anklage enthalten sind, wohl aber zu der bezeichneten Tat gehören, seien zwei Möglichkeiten denkbar, um diese Umstände zu berücksichtigen. Entweder könne eine Klageänderung zugelassen werden, oder es müsse entgegen dem Grundsatz ne bis in idem eine mehrmalige Verfolgung derselben Tat ermöglicht werden. Der Gesetzgeber hat sich für die erste Möglichkeit entschieden.³⁾ Damit wird gesagt, daß sich das Verbot des bis in idem auf die Tat bezieht und daß nach Rechtskraft hervorgetretene Umstände, die der abgeurteilten Tat zugehören, nicht in einem neuen Verfahren verfolgt werden dürfen.⁴⁾

Auch diese Überlegung spricht dagegen, den Umfang des

1) Mit diesen Ausführungen wendet sich Oehler, aaO, zwar nicht ausdrücklich gegen die Verwertung der konkreten Kognitionsmöglichkeit, sondern gegen eine unterschiedliche Umfangsbestimmung des Tatbegriffs in den einzelnen Verfahrensstadien, wie sie Peters, I.b. S. 243 f., vertritt. Doch geht es dabei um die gleiche Frage, ob nämlich der Rahmen der Erforschungspflicht der Reichweite des Strafklageverbrauchs entsprechen muß oder nicht.

2) Darauf hat bereits Dietr. Mann, S. 56 f., hingewiesen.

3) Hahn, S. 207 f.

4) In diesem Sinn hat auch das Reichsgericht (RGSt 2, 347, 348 f.) die Motive zur Strafprozeßordnung interpretiert.

Strafklageverbrauchs enger zu fassen als den der Klageänderungsbefugnis.

(3) Der Widerspruch zur Regelung des Wiederaufnahmeverfahrens

Ein Argument gegen die Auflockerung der Rechtskraft in der vorgeschlagenen Weise sehen Busch und Mann weiter in der Regelung des Wiederaufnahmeverfahrens.¹⁾ Eine Wiederaufnahme zuungunsten des vormaligen Angeklagten auf Grund von Tatsachen, die dem Erstgericht unbekannt waren, sei innerhalb des durch die Tat abgesteckten Rahmens nach der Strafprozeßordnung unzulässig. Beschränke man den Umfang des Strafklageverbrauchs derart, daß wegen der außerhalb der tatsächlichen Erforschungsmöglichkeit des Gerichts gelegenen Tatsachen eine zweite Verurteilung möglich sei, dann verstoße man eindeutig gegen den Sinn der Wiederaufnahmevorschriften; damit werde nämlich wegen neuer Tatsachen eine Abänderung der rechtskräftigen Entscheidung zum Nachteil des Angeklagten zugelassen, die nach der Strafprozeßordnung gerade verwehrt sein soll.

Gegen diesen Einwand hat Vogler die Verwertung der konkreten Kognitionsmöglichkeit zur Beschränkung der materiellen Rechtskraft verteidigt.²⁾ Den Fehler sieht er dabei in der Annahme, daß nach dem Willen des Gesetzes innerhalb des durch die Tat gebildeten Rahmens neue Tatsachen nur im Wiederaufnahmeverfahren berücksichtigt werden könnten; davon, daß die Tat diesen Rahmen bestimme, wisse das Gesetz nichts. Die Wiederaufnahme bezwecke die Beseitigung eines unhaltbaren Urteils und stelle eine Durchbrechung der Rechtskraft dar. Der Umfang der Rechtskraft gebe daher die Grenzen für das Wiederaufnahmeverfahren an. Fasse man den Strafklageverbrauch enger als die herrschende Meinung und beziehe ihn

1) Busch, ZStW 68, S. 6 f.; Dietr. Mann, S. 54 f.; ebenso Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 10 B 3 c A (S. 90 f.)

2) Vogler, S. 100 f.

nicht auf die gesamte Tat, sondern nur auf den tatsächlich erforschbaren Teil hiervon, dann könne eine neue Verurteilung nicht als Verstoß gegen die Regelung der Wiederaufnahmevorschriften angesehen werden, wenn sie solche Tatsachen zum Gegenstand hat, die - obgleich sie der abgeurteilten Tat angehören - von dem so umschriebenen Umfang der Rechtskraft nicht erfaßt werden.

Vogler ist zuzugeben, daß seine Auffassung nicht direkt mit dem Wortlaut der §§ 359 ff. StPO in Widerspruch steht. Da hier nur von der Wiederaufnahme "eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens" (§§ 359, 362 StPO) die Rede ist, ergibt sich expressis verbis nicht, welche Tatsachen mit diesem außerordentlichen Rechtsbehelf berücksichtigt werden können, bzw. wegen welcher Tatsachen eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten ausgeschlossen sein soll. Doch lassen sich aus dem Inhalt der §§ 359 ff. StPO, insbesondere aus dem Verhältnis des § 359 StPO zu § 362 StPO, Rückschlüsse ziehen, die zu dem Ergebnis führen, daß die Beschränkung der Rechtskraft durch die konkrete Kognitionsmöglichkeit mit der Regelung des Wiederaufnahmeverfahrens nicht in Einklang steht.

Zweifel an der vorgeschlagenen Lösung erweckt bereits ein Blick auf Nr. 1 und 2 des § 362 StPO. Wenn im Verfahren eine unechte Urkunde vorgelegt (Nr. 1) oder ein Meineid geschworen wird (Nr. 2) und der Richter von der Echtheit der Urkunde bzw. der Richtigkeit des Eides ausgeht, dann wird er in aller Regel seine Wahrheitsforschungspflicht nicht verletzen. Im Rechtsverkehr wird einer durch Urkunde oder Eid bestätigten Behauptung im hohen Maße Vertrauen entgegengebracht. Dem Richter, der ebenso verfährt, kann nicht mangelnde Sorgfalt bei der Wahrheitsermittlung vorgeworfen werden - abgesehen von seltenen Ausnahmen, bei denen er den Makel der Beweisführung hätte durchschauen müssen. Stellt sich nachträglich eine Urkunde als unecht oder ein Eid als

falsch heraus, und werden dadurch neue Tatsachen bekannt, die die Unrichtigkeit der Entscheidung aufdecken, so fielen bei Zugrundelegung der konkreten Kognitionsmöglichkeit diese Tatsachen aus dem Rahmen derer heraus, die im Wiederaufnahmeverfahren behandelt werden können; denn der Strafklageverbrauch bezöge sich nicht auf sie, und dieser gibt den Umfang der im Wiederaufnahmeverfahren zu berücksichtigenden Umstände an. Nicht Unechtheit einer Urkunde oder Falschheit eines Eides schlechthin würden als Grund für eine Wiederaufnahme genügen, sondern es wäre außerdem erforderlich, daß die Mängel im früheren Prozeß erkennbar waren. Auf diese vereinzelt vorkommenden Fälle wäre die Funktion der Nr. 1 und 2 des § 362 StPO beschränkt, eine Restriktion, die ihnen weitgehend ihre Bedeutung nähme und sie in einer Weise einengen würde, wie das aus der Strafprozeßordnung nicht hervorgeht.

Ist dieser Hinweis bereits geeignet, die Ansicht, die die Rechtskraft durch die konkrete Kognitionsmöglichkeit beschränkt wissen will, als zweifelhaft erscheinen zu lassen, so wird ihre Unvereinbarkeit mit dem geltenden Recht offenbar, wenn man das Verhältnis des § 359 StPO zu § 362 StPO betrachtet.

Vogler berücksichtigt in der Diskussion um die Verwertbarkeit der tatsächlichen Erforschungsmöglichkeit zur Bestimmung des Strafklageverbrauchsumfangs nur solche Fälle, bei denen sich das Hervortreten neuer Tatsachen zuungunsten des rechtskräftig Verurteilten auswirkt. Er überprüft diese Auffassung aber nicht anhand der Situation, daß ein Angeklagter zu Unrecht schuldig gesprochen wurde. Bei der Frage nach der Haltbarkeit einer Lösung im Hinblick auf die §§ 359 ff. StPO sind diese Fälle jedoch in gleicher Weise zu beachten, da das Gesetz auch und in erster Linie die Abänderung des Urteils zugunsten des Verurteilten regelt. Steckt man den Rahmen für die Umstände ab, durch deren Hervortreten die rechtskräftige Entscheidung zu Fall gebracht werden kann, so muß der gewonnene Maßstab sowohl

für § 359 StPO wie für § 362 StPO gelten. Allein dadurch wird der gesetzlichen Regelung Rechnung getragen: Mit dem Fehlen der Nr. 5 in § 362 StPO ist gesagt, daß später hervorgetretene Umstände, die nach § 359 Nr. 5 StPO eine Rehabilitierung des zu Unrecht Verurteilten bewirken können, nicht dazu benützt werden dürfen, die Sperrkraft des Urteils zum Nachteil des vormaligen Angeklagten zu durchbrechen.¹⁾ Dieser Wille des Gesetzes wird nur erfüllt, wenn d e r s e l b e M a ß s t a b , der bei der Ermittlung der nach § 359 Nr. 5 StPO zu berücksichtigenden Umstände anzuwenden ist, auch bei der Abgrenzung der Tatsachen zugrunde gelegt wird, die eine Abänderung der Entscheidung zuungunsten des Angeklagten nicht veranlassen können. Das Kriterium der konkreten Kognitionsmöglichkeit mußte deshalb, wollte man der gesetzlichen Regelung gerecht werden, für die Umfangsbestimmung des Strafklageverbrauchs auch dann gelten, wenn die Wahrheit, deren Erkenntnis dem Richter in der früheren Verhandlung bei größter Sorgfalt verwehrt war, zuungunsten des Verurteilten von dem rechtskräftigen Urteil abweicht. Hier ist jedoch die tatsächliche Erforschungsmöglichkeit als Maßstab unverwertbar. Ist ein Unschuldiger auf Grund von Indizien verurteilt worden, die auch einen sehr vorsichtigen Richter zu einem Schuldspruch veranlaßt hätten, dann liegen neue Tatsachen, die nach Rechtskraft die Unhaltbarkeit der Entscheidung aufzeigen, außerhalb der Umstände, die das Gericht berücksichtigen konnte. Die neuen Tatsachen dürften deshalb nicht im Wiederaufnahmeverfahren geltend gemacht werden. Dieses Ergebnis kann ganz offensichtlich nicht anerkannt werden; denn gerade die typischen Wiederaufnahmefälle blieben ungelöst, weil sie nicht mit § 359 StPO erfaßt werden könnten und eine andere Möglichkeit zur Beseitigung unrichtiger rechtskräftiger Entscheidungen in unserem Straf-

1) Dazu Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 10 B 3 c A (S. 90)

verfahrensrecht nicht existiert. Es ist deshalb unumgänglich, im Wiederaufnahmeverfahren zugunsten des Verurteilten solche Tatsachen zu berücksichtigen, die außerhalb der konkreten Kognitionsmöglichkeit des Gerichts lagen. Da aber nach der gesetzlichen Regelung in dem Rahmen, in dem auf Grund später hervorgetretener Umstände das rechtskräftige Urteil zum Vorteil des Angeklagten beseitigt werden kann, neue Tatsachen nicht zu einer Abänderung der Entscheidung zu seinem Nachteil verwendet werden dürfen, enthält die Verwertung der tatsächlichen Erforschungsmöglichkeit, die diese Forderung nicht erfüllt, einen Verstoß gegen die Wiederaufnahmebestimmungen der Strafprozeßordnung.

Erweist sich damit, daß die konkrete Kognitionsmöglichkeit mit dem Inhalt der §§ 359 ff. StPO nicht in Einklang gebracht werden kann, ist nach einem anderen Maßstab Ausschau zu halten, der anzugeben vermag, welche Tatsachen im Wiederaufnahmeverfahren zu behandeln sind. Daß nach der Strafprozeßordnung die prozessuale Tat dieses Kriterium abgeben sollte¹⁾, läßt sich an § 362 Nr. 4 StPO verdeutlichen. Wenn in dieser Bestimmung zuungunsten des Freigesprochenen eine Wiederaufnahme auf Grund eines glaubwürdigen Geständnisses einer strafbaren Handlung zugelassen ist, dann geht das Gesetz als selbstverständlich davon aus, daß diese Handlung Gegenstand des freisprechenden Urteils war. Hat sich das Urteil mit dem Sachverhalt, dem die betreffende Handlung angehört, überhaupt nicht befaßt und somit auch nicht festgestellt, daß ein Strafanspruch insoweit nicht besteht, bedarf es einer Wiederaufnahme nicht, sondern es findet ein neuer Prozeß statt.²⁾ Befragt man die Strafprozeßordnung danach, unter welcher Voraussetzung die strafbare Handlung in den Sach-

1) Wie das von der ganz herrschenden Meinung angenommen wird; vgl. z. B. Busch, ZStW 68, S. 6 f.; Müller-Sax (KMR), Einl. 14 B I a.

2) So etwa Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, § 362 Anm. 7

verhalt, der im abgeschlossenen Verfahren gewürdigt wurde, hineingehört, stößt man auf die §§ 155, 264 StPO. Die vollständige strafrechtliche Erfassung der in der Anklage bezeichneten Tat im prozessualen Sinn war Berechtigung und Verpflichtung des Vorderrichters. Ob die strafbare Handlung, die später vom Angeklagten zugegeben wurde, einen Bestandteil des durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens bildete, entscheidet sich nach ihrer Zugehörigkeit zur Tat. Das ist der Gedanke, der der Regelung der Strafprozeßordnung zugrunde liegt: die neue Hauptverhandlung nach Wiederaufnahme ist eine Fortsetzung des früheren Verfahrens.¹⁾ Der Begriff der prozessualen Tat hat den Umfang des ersten Prozesses bestimmt. Treten neue Tatsachen hervor, die der Tat zuzurechnen sind, über die bereits entschieden ist, wird potentieller Inhalt des abgeschlossenen Verfahrens verhandelt; dieses muß "wieder aufgenommen" werden. Deshalb entscheidet die Zugehörigkeit einer Tatsache zur Tat darüber, ob ihre Berücksichtigung ausschließlich unter den Voraussetzungen der §§ 359, 362 StPO möglich ist.

Daß die Verbindung der §§ 359 ff. StPO mit den §§ 155, 264 StPO nicht im Wortlaut des Gesetzes zum Ausdruck gekommen ist, darf nicht zu der Annahme verleiten, die Strafprozeßordnung habe den Rahmen für die im Wiederaufnahmeverfahren zu behandelnden Umstände überhaupt nicht angeben wollen. Denn ohne eine Vorstellung hierüber sind die Wiederaufnahmevorschriften unvollständig. Das Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung kann nur aus der Auffassung des Gesetzgebers erklärt werden, der Zusammenhang der §§ 359 ff. StPO mit den §§ 155, 264 StPO und damit die Bedeutung des Tatbegriffs für die Wiederaufnahmeregelung ergebe sich ohne speziellen Hinweis aus der Systematik des Gesetzes. Die Auffassung von Busch²⁾, daß innerhalb des durch die Tat gebildeten

1) Müller-Sax (KMR), Vorb. § 359 Anm. 3

2) ZStW 68, S. 6 f.

Rahmens neue Tatsachen nicht zuungunsten des Verurteilten berücksichtigt werden dürfen, entspricht deshalb der Strafprozeßordnung.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die konkrete Kognitionsmöglichkeit aus mehreren Gründen nicht als Maßstab des Strafklageverbrauchsumfanges anerkannt werden kann. Neben den Bedenken, die aus Gründen der Rechtssicherheit anzumelden sind, spricht gegen diese Ansicht, daß sie die Reichweite der Rechtskraftwirkung enger faßt als die Klageänderungsbefugnis und dadurch zu einer Benachteiligung des Angeklagten führt. Der entscheidende Einwand ist aus den Wiederaufnahmebestimmungen herzuleiten, weil der starke Schutz, den das Gesetz dem Angeklagten zugebilligt hat, beseitigt wird und die Verengung der Sperrkraft darauf hinausläuft, "die Schranken des Wiederaufnahmerechts auf dem Wege einer einschränkenden Bestimmung der Rechtskraftverzehrwirkung entscheidend zu erweitern, indem die Beibringung neuer Tatsachen zwar keine Wiederaufnahme, wohl aber ein neues ergänzendes Strafverfahren ermöglicht."¹⁾ De lege lata ist es deshalb nicht vertretbar, den Umfang des Grundsatzes ne bis in idem durch die konkrete Kognitionsmöglichkeit des Gerichts zu beschränken.

4. Ergebnis

Die Untersuchung hat gezeigt, daß keinem der Lösungsvorschläge, die eine von der herrschenden Meinung abweichende Behandlung des Strafklageverbrauchs bei Fortsetzungszusammenhang zu erreichen suchen, gefolgt werden kann. Vielmehr hat sich erwiesen, daß die beiden Thesen - eine materiell-rechtliche Handlung könne nicht in mehrere prozessuale Taten aufgespalten werden und die Sperrwirkung des rechtskräftigen Urteils erstrecke sich auf den gesamten Umfang der Tat - im Rahmen des geltenden Strafprozeßrechts richtig sind. Bei der weiteren Erörterung ist deshalb von dieser Grundlage auszugehen.

1) Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 10 B 3 c A (S. 90)

C. Die Auseinandersetzung mit der Lösung problematischer Fallgruppen durch die Rechtsprechung

Obwohl der Ausgangspunkt der herrschenden Meinung, daß nämlich die rechtskräftige Verurteilung wegen einer fortgesetzten Handlung alle in den Zusammenhang gehörenden Einzelakte erledigt, eindeutig und praktikabel erscheint, stellen sich bei einer Reihe von Sachgestaltungen Zweifel ein, ob an dem Grundsatz der sich auf den gesamten Umfang des Fortsetzungszusammenhangs erstreckenden Strafklageverbrauchswirkung festgehalten werden kann. Auf diese Fallgruppen soll im Folgenden eingegangen, ihre Lösung durch die Rechtsprechung dargestellt und kritisch beleuchtet werden.

I. Bindung an den Inhalt des rechtskräftigen Ersturteils

Der Grundsatz des umfassenden Strafklageverbrauchs bei der fortgesetzten Handlung wird immer dann relevant, wenn nach Rechtskraft eines Sachurteils, das Teile eines Fortsetzungszusammenhangs zum Gegenstand hat, weitere Einzelakte hervortreten und über sie entschieden werden soll. Hier muß der zweite Richter prüfen, ob die neu aufgetauchten Tatbestandsverwirklichungen nur unselbstständige Bestandteile eines bereits abgeurteilten Fortsetzungszusammenhangs sind und ihrer Behandlung deshalb das Verbot des bis in idem entgegensteht. Zwei Fälle sind dabei zu unterscheiden.

1. Der Erstrichter hat den Zusammenhang zwischen den Einzelbetätigungen erkannt und wegen einer fortgesetzten Handlung verurteilt

Dieser Fall scheint auf den ersten Blick unproblematisch zu sein, da eben eine erneute Entscheidung - nach dem Grundsatz, daß sich die Rechtskraft auf den gesamten Zusammenhang erstreckt - über unberücksichtigt geblie-

bene Stücke der fortgesetzten Straftat verwehrt ist. Jedoch treten Schwierigkeiten dann auf, wenn der zweite Richter die Frage, welcher Sachverhaltsabschnitt vom Fortsetzungszusammenhang erfaßt wird, anders beantworten will, als dies in dem rechtskräftigen Urteil geschehen ist. Im ersten Verfahren können Tatbestandsverwirklichungen deshalb ausgeklammert worden sein, weil man sie als selbständige Handlungen angesehen hat, die nicht in den angeklagten Komplex hineingehörten, während der spätere Richter sie als Teile der erledigten fortgesetzten Handlung wertet, ebenso wie es umgekehrt möglich ist, daß vermeintliche Einzelakte einbezogen worden sind, die nach Auffassung des Zweitrichters als selbständige Handlungen nicht der ursprünglich angeklagten Tat hätten zugerechnet werden dürfen. Die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem setzt in diesen Fällen die Klärung der Frage voraus, von wessen Standpunkt aus der Umfang des Fortsetzungszusammenhangs zu beurteilen ist; von dem des Erstgerichts, so daß der zweite Richter an die Auffassungen und Feststellungen des rechtskräftigen Urteils gebunden ist, oder von dem des später Urteilenden, der dann - unabhängig von den Darlegungen der früheren Entscheidung - nach seiner eigenen Rechtsansicht judizieren kann.

Daß bei der Beantwortung dieser Frage Zweifel aufgetaucht sind, ist auf ein Urteil des Reichsgerichts zurückzuführen¹⁾, dessen Leitsatz lautet:

"Ob bei der Aburteilung einer strafbaren Handlung die Rechtskraft einer Entscheidung entgegensteht, die den Täter einer f o r t g e s e t z t e n Straftat schuldig erkannt hat, ist vom Standpunkt des früheren Richters aus zu beurteilen; es ist zu prüfen, ob er die neue Tat als von dem Gesamtvorsatz umfaßt angesehen haben würde, wenn sie ihm bekannt gewesen wäre."

1) RGSt 73, 41 ff.

Diese Entscheidung spricht für die Ansicht, im Falle des Fortsetzungszusammenhangs habe der zweite Richter den Umfang des Strafklageverbrauchs vom Boden des rechtskräftigen Urteils aus zu beantworten. Das würde bedeuten, daß ein Irrtum des Erstgerichts über den Fortsetzungszusammenhang, also eine materiell-rechtliche Fehlmeinung, die Grenzen des Wiederholungsverbotes zu ändern vermöchte, wie aus folgender Überlegung deutlich wird.

Nach dem Grundsatz, daß eine Handlung i. S. des § 73 StGB auch immer eine Tat i. S. des § 264 StPO darstellt¹⁾, entspricht der Rahmen der Tat dem des fortgesetzten Delikts; alle Verhaltensweisen, die einer Handlung zuzurechnen sind, gehören zugleich derselben Tat an. Diese Gleichsetzung von Handlungseinheit und Tatidentität gewinnt bei der fortgesetzten Straftat eine besondere Bedeutung. Sie hat zur Folge, daß Tätigkeitsmomente, die - sähe man von der materiell-rechtlichen Situation ab - nicht in das einheitliche historische Geschehen hineingehören würden, in das Verfahren einbezogen werden müssen, nur weil sie Teile des abzuurteilenden Fortsetzungszusammenhangs sind. Die fortgesetzte Handlung erweitert den Rahmen der Tat, indem sie Identität auch dort begründet, wo ohne Rückgriff auf das materielle Recht prozessuale Tatmehrheit anzunehmen wäre.²⁾ Daß diese Behauptung im Einklang mit der herrschenden Meinung steht, zeigt ein Argument, das für die Notwendigkeit der Figur des fortgesetzten Delikts angeführt wird, nämlich seine Auswirkung im Bereich der Rechtskraft. Würde man diese Rechtsfigur ablehnen, dann bezöge sich - so wird argumentiert - die Rechtskraftwirkung des Urteils nicht auf alle in den Zusammenhang fallenden Akte, sondern nur auf diejenigen, die im Urteil ausdrücklich berücksichtigt sind;³⁾ durch dauernde Nachanklagen wegen neu hervorgetretener Einzelakte würde das Wiederholungsverbot weitgehend seine Bedeutung ver-

1) Z. B. Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 302

2) Stratenwerth, JuS 1962, S. 221

3) Maurach, AT S. 628; Warda, JuS 1964, S. 85; vgl. auch Jescheck, ZStW 67, S. 553

lieren, und deshalb sei der Begriff der fortgesetzten Handlung unentbehrlich, um dem Rechtssatz ne bis in idem "zu praktischem Leben zu verhelfen."¹⁾ Das bedeutet aber doch, daß der Sachverhaltskomplex, der im materiellen Bereich zu einem fortgesetzten Delikt zusammengeschlossen wird, im Prozeßrecht - ohne Rücksicht auf die sachlich-rechtliche Beurteilung - nicht als einheitliches historisches Geschehen zu begreifen wäre. Denn würde man alle Einzelakte als ein geschichtliches Vorkommnis zu werten haben, so könnte es für die Auswirkungen bei der Rechtskraft auf die materiell-rechtliche Behandlung nicht ankommen; der Strafklageverbrauch würde alle Teilakte auch erfassen, wenn diese nicht als eine Handlung, sondern als Handlungsmehrheit qualifiziert würden. Indem man die Notwendigkeit des fortgesetzten Delikts mit dem erweiterten Umfang des Strafklageverbrauchs begründet, räumt man ein, daß der Tatbegriff durch die Anerkennung des Fortsetzungszusammenhangs ausgedehnt wird.

Es zeigt sich somit, daß die materiell-rechtliche Prüfung über das prozessuale Ergebnis entscheidet; denn die Bejahung eines Fortsetzungszusammenhangs zwischen mehreren Tatbestandsverwirklichungen hat die Annahme einer prozessualen Tateinheit zur Folge, während die Ablehnung einer fortgesetzten Handlung verfahrensrechtlich dazu führt, daß eine Mehrheit von Taten i. S. des § 264 StPO vorliegt. Aus dieser Verknüpfung von Handlung und Tat (im Bereich des fortgesetzten Delikts) erklärt es sich, daß eine falsche Behandlung des Fortsetzungszusammenhangs einen Irrtum in der Beurteilung der Identität der Tat zur Folge hat. Bezieht das Gericht zu Unrecht eine Verhaltensweise in die fortgesetzte Straftat ein, so weitet es den Verfahrensgegenstand über die durch die Anklage bezeichnete Grenze aus, wie es umgekehrt den Rahmen seiner Entschei-

1) H. Mayer, S. 408. Diese Argumentation findet sich nicht nur in der Literatur; auch der Bundesgerichtshof hat betont, daß die Figur der fortgesetzten Handlung wegen der Rechtskraftfolgen notwendig sei (BGHSt 5, 136 (138)).

dungsbefugnis nicht ausschöpft, wenn es die Einbeziehung von Einzelakten fälschlich ablehnt. Da auf diese Weise eine materiell-rechtliche Fehlmeinung zu einer irrtümlichen Identitätsbestimmung führt, kann die Frage, ob der Inhalt des Ersturteils für das spätere Verfahren maßgeblich ist, dahin formuliert werden: Ist der zweite Richter daran gebunden, wenn in dem rechtskräftigen Urteil der Rahmen der Tatidentität falsch bestimmt worden ist ?

Die Antwort kann - trotz der entgegenstehenden Reichsgerichtsentscheidung - nur lauten: Ein Irrtum in der Begrenzung des Tatumfangs darf für ein nachfolgendes Verfahren nicht maßgebend sein.¹⁾ Dies folgt aus dem für die Lehre vom Strafklageverbrauch entscheidenden Satz, daß die zur Anklage gebrachte Tat den Rahmen der richterlichen Entscheidungsbefugnis absteckt.²⁾ Der Richter muß innerhalb des einheitlichen historischen Vorgangs sämtliche strafrechtlich relevanten Verhaltensweisen - notfalls durch Umgestaltung der Strafklage - erfassen; tut er das nicht, so ist die Strafklage für diesen Komplex verbraucht und einer erneuten Entscheidung steht die Sperrkraft des rechtskräftigen Urteils entgegen.³⁾⁴⁾

1) So bereits Beling, JW 1931, S. 216 f. und S. 932; Gerland, JW 1928, S. 2248

2) Vgl. oben S. 33 f.

3) Nur für solche Teile der Tat wird die Strafklage nicht verbraucht, die wegen eines r e c h t l i - c h e n Hindernisses nicht erfaßt werden konnten; dazu Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Vorb. § 151 Anm. 23 b (S. 709); Schwarz-Kleinknecht, Einl. 8 B e.

4) Zweifelhaft ist, wie zu verfahren ist, wenn der Richter den durch die Tat gesetzten Rahmen überschreitet. Urteilt er einen Tätigkeitsakt mit ab, obwohl dieser bei richtiger Würdigung nicht dem ihm unterbreiteten geschichtlichen Ereignis zugehört, so ist fraglich, ob sich das Verbot des bis in idem auch auf diesen Sachverhaltsteil erstreckt. Z. T. wird das mit der Begründung verneint, insoweit liege ein Urteil in der angeklagten Sache überhaupt nicht vor, was zur Unwirksamkeit einer derartigen Entscheidung führen müsse; das folge daraus, daß die Bindung des Gerichts an den durch die Anklage umrissenen Gegenstand zu den "wichtigsten rechtsstaatlichen Prinzipien unseres Verfahrensrechts" gehöre und

Dieses Ergebnis entspricht der in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht - abgesehen freilich von RGSt 73, 41 ff. und einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8. 11. 1951.¹⁾ Bereits RGSt 9, 344 (349 f.) hat es als Aufgabe des zweiten Richters angesehen, *s e l b s t ä n d i g* zu beurteilen, ob zwischen der abgeurteilten Tat und dem ihm unterbreiteten Vorgang Tatidentität bestehe, in welchem Falle die Strafklage auch für den nachträglich hervorgetretenen Akt verbraucht sei. Auf den gleichen Standpunkt hat sich das Reichsgericht noch in einer Reihe weiterer Entscheidungen gestellt;²⁾ der Bundesgerichtshof hat nunmehr - unter ausdrücklicher Ablehnung von RGSt 73, 41 ff. - die davon abweichende Rechtsprechung des Reichsgerichts bestätigt.³⁾ Aus der Literatur sind besonders Beling und Gerland⁴⁾ zu nennen, die mit Nachdruck die Ansicht vertreten, daß ein Irrtum des Erstrichters über den Umfang der Tat niemals die Identität alterieren könne. Dieser Meinung ist uneingeschränkt zuzustimmen. Soweit RGSt 73, 41 ff. und das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8. 11. 1951

deshalb unbedingten Geltungsanspruch besitze (so Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 256 mit weiteren Nachweisen in FuwR. 462; ähnlich Stratenwerth, Jus 1962, S. 221). Dieser Auffassung wird man jedoch nicht folgen können. Sie würde dazu führen, daß der Täter wegen einer Tat, deretwegen er bereits bestraft ist - und obwohl er die Strafe vielleicht schon verbüßt hat -, nochmals belangt wird. Man wird vielmehr mit Peters, Lb. S. 452, sagen müssen, daß es, wenn eine Anklage bezüglich eines Sachverhaltsteils nicht vorhanden ist, zwar an einer Urteilsvoraussetzung fehlt und das Verfahren insoweit hätte eingestellt werden müssen, daß der Mangel aber das Urteil nicht nichtig macht. Danach steht einem zweiten Verfahren die Rechtskraft des ersten Urteils entgegen. Vgl. dazu noch (gegen die Nichtigkeit von Strafurteilen im allgemeinen) Grünwald, ZStW 76, S. 250 ff.

- 1) Mitgeteilt bei Dallinger, MDR 1953, S. 273
- 2) RGSt 15, 133 (137); 44, 392 (397 ff.); 57, 21 (22); 72, 211 (213)
- 3) BGHSt 15, 268 (270)
- 4) Beling, JW 1931, S. 216 f. und S. 932; Gerland, JW 1928, S. 2248; ebenso Stratenwerth, JuS 1962, S. 221

etwas anderes besagen, kann diesen Entscheidungen nicht gefolgt werden.

Da bei der fortgesetzten Handlung die Fragen nach der Tatidentität und dem Umfang des Fortsetzungszusammenhangs identisch sind, bedeutet das, daß der spätere Richter weder prozessual noch materiell an das frühere Urteil gebunden ist.¹⁾ "Darüber, ob die Strafklage für diejenigen strafbaren Handlungen verbraucht ist, die Gegenstand eines Verfahrens sind, hat der Richter des neuen Verfahrens zu entscheiden. Dabei hat er für diese strafbaren Handlungen selbständig, d. h. unabhängig von den Feststellungen und Auffassungen des rechtskräftigen Urteils, zu prüfen und zu entscheiden, ob bei ihnen alle äußeren und inneren Voraussetzungen gegeben sind, die nach sachlichem Strafrecht vorliegen müssen, um die Auffassung zu rechtfertigen, daß sie Einzelakte einer fortgesetzten Straftat waren, die bereits rechtskräftig abgeurteilt worden ist."²⁾

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, daß sich der Strafklageverbrauch auf die gesamte fortgesetzte Handlung erstreckt, wobei über den Umfang des Fortsetzungszusammenhangs allein die Meinung des Zweitgerichts entscheidet. Gleichgültig, ob der erste Richter wegen eines fortgesetzten Delikts verurteilt hat, ohne dessen Dauer festzulegen, ob er den Zusammenhang auf einen bestimmten Zeitraum begrenzt oder ob er die Einbeziehung von Einzelakten ausdrücklich abgelehnt hat, immer ist eine Entscheidung über neu hervorgetretene Akte verwehrt, wenn der zweite Richter zu dem Ergebnis kommt, daß diese der rechtskräftig abgeurteilten fortgesetzten Handlung zuzurechnen sind. Umgekehrt steht die Rechtskraft des Ersturteils einer neuen

1) Daß der zweite Richter den Umfang des Fortsetzungszusammenhangs und damit die Reichweite des Strafklageverbrauchs selbständig, d. h. unabhängig vom Ersturteil festzustellen habe, entspricht der im Schrifttum herrschenden Meinung. So Geerds, S. 417; Müller-Sax (KMR), Einl. 14 B I f (2); Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 10 B 3 (S. 96); Eb. Schmidt, Lehrk. I Fußn. 539 zu RdNr. 304; Schwarz-Kleinknecht, Einl. 8 B g; Stankiewicz, S. 35 f.; Stoll, S. 68. Anderer Ansicht Erbs, § 264 XI F; KMR, Einl. 14 B I f.

2) So BGHSt 15, 268 (270)

Verhandlung wegen solcher Tatbestandverwirklichungen nicht entgegen, die zwar von dem früheren Richter fälschlich dem Fortsetzungszusammenhang zugerechnet worden wären, wenn er sie gekannt hätte, die aber von dem später Urteilenden als selbständige Handlungen und damit auch als neue Taten i. S. des § 264 StPO gewertet werden.¹⁾

2. Der Erstrichter hat nicht wegen eines fortgesetzten Delikts, sondern wegen selbständiger Handlungen verurteilt

Während über die Lösung der unter 1. behandelten Sachgestaltung - besonders nach der eindeutigen Stellungnahme des Bundesgerichtshofs - nunmehr Einigkeit bestehen dürfte, ist eine zweite, damit verwandte Streitfrage bis heute ungeklärt. Es handelt sich dabei um den Fall, daß der Richter nicht wegen einer fortgesetzten Handlung verurteilt hat, obwohl die Voraussetzungen des Fortsetzungszusammenhangs gegeben sind, entweder aus dem einfachen Grund, weil ihm nur ein Akt bekannt war, oder aber deshalb, weil er den Zusammenhang zwischen den unselbständigen Teilen nicht erkannt und sie fälschlich als selbständige Handlungen qualifiziert hat.

Beantwortet man die Frage, ob hier eine Entscheidung über die in dem rechtskräftigen Ersturteil nicht berücksichtigten Einzelakte möglich ist, in konsequenter Anwendung des allgemeinen Rechtskraftgrundsatzes, so scheint das Ergebnis eindeutig zu sein. Die Strafklage wird verbraucht für die Tat, die im ersten Prozeß zur Anklage gebracht war. Wenn dort auch nur Ausschnitte aus dem einheitlichen historischen Geschehen erfaßt wurden, so erstreckt sich die Sperrwirkung doch auf den gesamten geschichtlichen Vorgang, soweit er eine Einheit bildet. Da die fortgesetzte Handlung stets nur eine Tat darstellt und alle Teilakte demselben einheitlichen Ereignis

1) So Peters, JZ 1961, S. 427

nis angehören, verwehrt die Rechtskraft des Ersturteils eine Entscheidung auch über solche in den Fortsetzungszusammenhang fallenden Einzelhandlungen, die im ersten Verfahren nicht einbezogen wurden.¹⁾

Gerade weil diese Lösung unumgänglich und klar erscheint, muß es verwundern, daß die ständige Rechtsprechung zu einem anderen Ergebnis kommt.²⁾ Sie erreicht es dadurch, daß sie dem rechtskräftigen Urteil eine in diesem Zusammenhang höchst zweifelhafte Bindungswirkung zuerkennt. Der Entscheidung RGSt 15, 23 (27 ff.), die diese Frage erstmals eingehend behandelt, liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Dem Angeklagten wurde eine fortgesetzte, aus 23 Einzelakten bestehende Unterschlagung vorgeworfen. Von den 23 Teilakten waren 2 bereits Gegenstand eines früheren Verfahrens gewesen. Der Erstrichter hatte aber, weil er die materielle Rechtslage verkannt hatte, Fortsetzungszusammenhang zwischen den beiden Fällen ausdrücklich abgelehnt und wegen zweier selbständiger real-konkurrierender Handlungen verurteilt. Das Reichsgericht verneint nun Strafklageverbrauch und hält eine Verurteilung wegen der in der rechtskräftigen Entscheidung nicht

-
- 1) Beling, JW 1925, S. 1010; Bennecke-Beling, S. 418; Dallinger, MDR 1953, S. 273; Heinrich, S. 32 ff.; Müller-Sax (KMR), Einl. 14 B I f (2); H. Peters, S. 37 ff.; Stankiewicz, S. 41 ff.; Stratenwerth, JuS 1962, S. 221 f. Anderer Ansicht z. B. Geier in Löwe-Rosenberg, § 264 Anm. 3 e; KMR, Einl. 14 B I f; Lienthal, JW 1921, S. 846; Schwarz-Kleinknecht, Einl. 8 B g. Vgl. dazu noch Geerds, S. 417; Gerland, JW 1928, S. 2247 f.; Litzenberg, S. 53 ff.; Dietr. Mann, S. 19 ff.; Mezger, NJW 1952, S. 437 f.; Stoll, S. 74 ff.
- 2) RGSt 15, 23 (27 ff.); 54, 283 (285); RG, JW 1925, S. 2247 f.; RGSt 72, 257 (258); BGH, Urteil vom 20. 2. 1953 (2 StR 816/52) und Urteil vom 7. 2. 1952 (4 StR 4/50), mitgeteilt bei Dallinger, MDR 1953, S. 273; BGH, GA 1958, S. 368; BGH, NJW 1963, S. 549; OLG Köln, NJW 1952, S. 437 f. Anders (Verbrauch der Strafklage für den gesamten Fortsetzungszusammenhang) hatte das OLG München (Bd. 2, S. 556 f.) entschieden. Kritisch zu dieser Rspr. BGHSt 15, 268 (272); dazu unten näher.

erfaßten Teilhandlungen für möglich. Dem zweiten Richter sei die Feststellung verwehrt, daß die ihm vorliegende Tat identisch sei mit der im ersten Verfahren abgeurteilten. Hieran sei er gehindert durch das rechtskräftige Urteil, dessen Inhalt bei der Beurteilung der Frage maßgebend sei, ob die neu angeklagte und die abgeurteilte Tat dieselbe sei. Er dürfe sich nicht in Widerspruch zu dem früheren Urteil setzen und - "abweichend von diesem und in den Bestand desselben eingreifend"¹⁾ - feststellen, daß die rechtskräftig für selbständige, je als durch verschiedene Handlungen begangenen erachteten Straftaten nur unselbständige Teile eines fortgesetzten Delikts seien. Wenn dem ersten Richter der gesamte Umfang der fortgesetzten Handlung bekannt gewesen wäre, so hätte er sämtliche Teilakte als selbständige Handlungen qualifiziert, da er ja auch zwischen zwei Akten Fortsetzungszusammenhang abgelehnt habe. Vom Standpunkt des ersten Richters aus liege eine Mehrzahl realkonkurrierender Handlungen und damit verschiedene Taten i. S. des § 264 StPO vor, die nur unter den Voraussetzungen des § 266 StPO zum Gegenstand des Verfahrens gemacht werden könnten. Hieran sei der zweite Richter gebunden, und die Strafklage sei für solche Sachverhaltsteile nicht verbraucht, die nach Ansicht des Erstgerichts ohne Nachtragsanklage nicht in das Verfahren hätten einbezogen werden dürfen.

Das Reichsgericht geht bei seiner Argumentation also von dem in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsatz aus, daß der Umfang der Sperrwirkung dem der Entscheidungsbefugnis des Richters entspreche.²⁾ Es modifiziert diesen Satz aber dahin, daß den Rahmen für die Reichweite der Entscheidungsbefugnis nicht die Tat in ihrer tatsächlichen Gestaltung, sondern in der Form bilde, wie sie der Erstrichter nach seiner irrigen Ansicht formuliert habe.

1) RGSt 15, 23 (28)

2) Vgl. oben S. 33 f.

Das Reichsgericht gelangt in einer Reihe weiterer Entscheidungen ebenfalls zu dem Ergebnis, daß dann, wenn das Erstgericht sich mit einem oder mehreren Einzelakten des Fortsetzungszusammenhangs befaßt und diese fälschlich als selbständige Handlungen qualifiziert hat, die Strafklage wegen der restlichen Teilstücke der fortgesetzten Handlung nicht verbraucht sei.¹⁾ Die Begründung, die in der späteren Rechtsprechung gegeben wird, weicht indes von RGSt 15, 23 (27 ff.) ab, wie bereits aus dem nächsten in diesen Kontext gehörenden Urteil erkennbar ist. Dem Gericht waren hier nicht - wie bei RGSt 15, 23 (27 ff.) - zwei, sondern nur eine Teilhandlung aus dem Fortsetzungszusammenhang bekannt, den es notwendigerweise als eine selbständige Handlung qualifiziert hat. Eine Aussage darüber, wie der Richter entschieden hätte, wenn ihm zwei oder mehr Teilhandlungen unterbreitet worden wären, ist aus dem Urteil nicht zu entnehmen. Denn der Erstrichter hatte ja keinerlei Veranlassung, sich über das Verhältnis des ihm vorliegenden strafbaren Aktes des Täters zu anderen Gedanken zu machen, eben aus dem einfachen Grund, weil er von weiteren Tatbestandsverwirklichungen nichts wußte. Besagt die Begründung der Entscheidung folglich nichts darüber, ob das Gericht bei Kenntnis des gesamten Sachverhalts eine Mehrheit realkonkurrierender Handlungen oder aber ein fortgesetztes Delikt angenommen hätte, ist auch nicht ersichtlich, wie es die prozessuale Frage der Tatidentität entschieden hätte. Es hätte sehr wohl, ohne daß aus dem Urteil ein gegenteiliger Schluß gezogen werden kann, für das gesamte Täterverhalten Fortsetzungszusammenhang und damit auch Tatidentität bejahen können. Die Feststellung, wie der Erstrichter den Umfang des Fortsetzungszusammenhangs und damit den Bereich der Tat i. S. des § 264 StPO bemessen hätte, die hier nicht möglich ist, bildete aber gerade den Kernsatz der Argumentation in RGSt 15, 23 (27 ff.): Wenn dem Erstrichter neben den zwei Einzel-

1) RGSt 54, 283 (285); RG in JW 1925, S. 2247 f.;
RGSt 72, 257 (258)

akten weitere bekannt geworden wären, so hätte er diese, ebenso wie er die zwei als selbständige Handlungen gewertet hat, als realkonkurrierende Vergehen und damit auch als andere Taten i. S. des § 264 StPO angesehen, die (nach seiner Ansicht) nur unter den Voraussetzungen des § 266 StPO in das Verfahren hätten einbezogen werden können. "Damit ist aber auch für den späteren, zur Entscheidung über die Anwendbarkeit des Grundsatzes 'ne bis in idem' berufenen Richter die Frage der Identität verneint."¹⁾

Da bei der vorgängigen Verurteilung wegen eines *e i n - z i g e n* Teilaktes der späteré Richter für seine Entscheidung das rechtskräftige Urteil nicht verwerten kann, weil es eine Aussage über den Umfang des Fortsetzungszusammenhangs und die Reichweite des Strafklageverbrauchs nicht enthält, mußte das Reichsgericht eine andere Begründung liefern, um zu dem angestrebten Ergebnis - Möglichkeit der Strafverfolgung wegen der restlichen Teilakte - zu kommen. Es hat dies mit folgender Behauptung getan:

Wenn das Gericht des ersten Verfahrens das ihm vorliegende strafbare Verhalten des Täters als selbständige Handlung gewertet habe, dann sei damit für den später erkennenden Richter "bindendes Recht geschaffen". Für ihn sei die Auffassung des rechtskräftigen Urteils maßgebend, daß es sich hier nicht um einen unselbständigen Teil einer Fortsetzungstat handle; es sei ihm deshalb die Prüfung verwehrt, ob dieser Fall mit den übrigen, jetzt zur Aburteilung stehenden Akten eine fortgesetzte Straftat begründe und nur einen unselbständigen Teilakt innerhalb des Zusammenhangs darstelle.

Der Unterschied zu RGSt 15, 23 (27 ff.) ist deutlich. Wurde dort die in dem rechtskräftigen Urteil enthaltene Feststellung über den Umfang des Strafklageverbrauchs als bindend angesehen und ein neues Verfahren für alle

1) RGSt 15, 23 (28)

Straftaten zugelassen, die nicht in den Bereich der vom Erstrichter abgegrenzten Sperrwirkung fielen, so wird nunmehr der Weg zu einer Strafverfolgung wegen der restlichen Teilhandlungen dadurch eröffnet, daß der spätere Richter an die Qualifikation "selbständige Handlung" in dem rechtskräftigen Urteil gebunden wird, ohne daß er sich darauf berufen kann, der Erstrichter hätte die jetzt abzuurteilenden Akte - wären sie ihm bekannt geworden - als selbständige Handlungen und Taten i. S. des § 264 StPO gewertet. Es wird damit dem früheren Richter eine Aussage unterstellt, die er niemals hat machen können, daß nämlich die von ihm abgeurteilte Handlung **n u r a u s d e m e i n e n b e r ü c k s i c h t i g - t e n A k t** besteht, jedes weitere strafbare Verhalten des Täters aber einer anderen Handlung und damit auch einer anderen Tat i. S. des § 264 StPO zugehöre. Nicht mehr der Irrtum des Erstrichters wird als bindend angesehen, sondern sein Schweigen darüber, wo die Grenze der Tat verlaufe, wird als Aussage über die Begrenzung der Identität interpretiert.

Dieser Unterschied in der Begründung muß bei einer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung beachtet werden, obwohl die späteren Urteile des Reichsgerichts und auch die des Bundesgerichtshofs hier nicht mehr differenzieren.¹⁾ So entsprach der Sachverhalt in RGSt 72, 257 (258) dem bei RGSt 15, 23 (27 ff.), da dem rechtskräftigen Ersturteil **m e h r e r e** Einzelakte zugrunde lagen, die als selbständige Handlungen angesehen worden waren. Trotzdem nimmt diese Entscheidung aber auf RGSt 54, 283 (285) Bezug, wo nur eine Teilhandlung im ersten Verfahren abgeurteilt worden war.

Zunächst soll auf die in RGSt 15, 23 (27 ff.) aufgestellte Behauptung eingegangen werden, der spätere Richter sei an

1) Auch in der Literatur wird hier eine Differenzierung meist nicht vorgenommen; vgl. etwa Stankiewicz, S. 38 ff.; Stoll, S. 74 ff.; Stratenwerth, JuS 1962, S. 223

die Begrenzung der Tatidentität durch das Erstgericht gebunden. Es wird hier wiederum die Auffassung vertreten, daß der Umfang der Tat durch einen Irrtum des Richters des ersten Verfahrens alteriert werden könne. Denn das Reichsgericht sieht die Strafklage nicht für die Tat in ihrer tatsächlichen Gestaltung als verbraucht an, sondern nur für den Teil, der im rechtskräftigen Urteil fälschlich als selbständige Tat gewertet wurde. Damit besagt diese Entscheidung nichts anderes als RGSt 73, 41 ff.; auch dort sollte der zweite Richter die Rechtskraftwirkung des vorhergehenden Urteils nicht auf den tatsächlichen Umfang der Tat beziehen, sondern eine Sperrwirkung nur für solche Vorgänge annehmen, die in den vom Erstrichter irrig bemessenen Rahmen der Tat fielen.

Wie unter 1. gezeigt wurde, ist diese Ansicht nicht haltbar; sie steht darüber hinaus im Gegensatz zu einer Reihe Reichsgerichtsentscheidungen¹⁾ und einem Urteil des Bundesgerichtshofs²⁾, die ausgesprochen haben, daß das rechtskräftige Urteil die dem zweiten Richter obliegende Feststellung der Identität der Tat nicht berühren könne. Das muß auch hier gelten. Es ist allein Aufgabe des späteren Richters zu prüfen, ob die ihm unterbreiteten Akte mit den bereits abgeurteilten eine Tat bilden und deshalb auch für sie die Strafklage verbraucht ist.³⁾

Die in der Rechtsprechung vertretene Auffassung erscheint auch im Hinblick auf das Ergebnis nicht unbedenklich, wie an einem Beispiel gezeigt werden soll. Von einem aus fünf Teilhandlungen bestehenden fortgesetzten Delikt waren

1) RGSt 9, 344 (349 f.); 15, 133 (137); 44, 392 (397 ff.); 57, 21 (22); 72, 211 (213)

2) BGHSt 15, 268 (270)

3) Anschaulich sagt Doerr, S. 222: "Maßgebend ist nicht, ob der frühere Richter, wenn ihm die neue Tat bekannt gewesen wäre, über sie mit entschieden hätte, sondern ob er die rechtliche Möglichkeit gehabt hätte, auf sie seine Entscheidung auszu dehnen; hierüber hat der Richter der neuen Tat zu entscheiden."

im ersten Verfahren zwei angeklagt. Hat der Erstrichter erkannt, daß die zwei Einzelakte einem Fortsetzungszusammenhang angehören, und wegen einer fortgesetzten Handlung verurteilt, so wird die Strafklage wegen der gesamten fortgesetzten Straftat, also auch wegen der drei restlichen Teilstücke verbraucht. Lehnt er dagegen Fortsetzungszusammenhang ab und nimmt fälschlich eine Mehrheit realkonkurrierender Handlungen und damit auch verschiedener Taten i. S. des § 264 StPO an, so soll eine Verfolgung wegen der drei nicht berücksichtigten Einzelakte möglich sein. Somit öffnet allein der Rechtsirrtum des Erstrichters den Weg zu einer neuerlichen Strafverfolgung des Täters, ein Weg, der bei zutreffender Würdigung versperrt gewesen wäre. Daß eine möglicherweise durch Unkenntnis oder Oberflächlichkeit veranlaßte Fehlmeinung des Gerichts die Garantie des Art. 103 Abs. III GG soll beseitigen können, dürfte nicht mit dieser Verfassungsbestimmung in Einklang zu bringen sein und kann nicht als wünschenswertes Ergebnis bezeichnet werden.¹⁾

Die Meinung der Rechtsprechung wird in den Fällen, in denen nur ein Einzelakt dem rechtskräftigen Urteil zugrunde lag²⁾, durch eine andersartige Behauptung gestützt. Sie besagt, wie oben näher ausgeführt wurde, daß die Qualifikation des Teilaktes als "selbständige" Handlung für den zweiten Richter bindend sei, er nicht hiervon abweichen und feststellen könne, daß die rechtskräftig als selbständig deklarierte Handlung nur der unselbständige Teil eines Fortsetzungszusammenhangs sei. Nun ist die Aussage, die rechtskräftige Entscheidung schaffe "den späteren Richter bindendes Recht"³⁾, von der Rechtsprechung nie begründet worden. Daß nicht einmal ein dahingehender Versuch unternommen wurde, dürfte seinen Grund in der Unmöglichkeit haben, eine derartige

1) So aber Dietr. Mann, S. 20

2) RGSt 54, 283 (285); RG in JW 1925, S. 2247 f.; BGH, NJW 1963, S. 549

3) RG, JW 1925, S. 2248

Begründung zu liefern.¹⁾

Das Reichsgericht hat sich mit der Frage, inwieweit der Strafrichter an Feststellungen rechtskräftiger Strafurteile gebunden sei, auch in anderem Zusammenhang befaßt. Genannt seien zwei Entscheidungen:

In RGSt 33, 303 ff. wird ausgesprochen, daß der wegen gewohnheitsmäßiger Wilderei Angeklagte auch dann i. S. der Anklage verurteilt werden könne, wenn zur Annahme der Gewohnheitsmäßigkeit die Bejahung eines Wildereifalles erforderlich ist, der bereits Gegenstand eines Urteils war, und der Angeklagte dort rechtskräftig freigesprochen wurde. Trotz der Rechtskraft des Vorurteils stehe nicht fest, daß der Täter damals nicht gewildert habe. Die Rechtskraftwirkung hindere das Gericht nicht, zum Zwecke der Feststellung der Anklagetat "einer anderen Tat eine von einem früheren richterlichen Urteilspruch, mochte dieser auch gegen den nämlichen Angeklagten ergangen sein, abweichende Beurteilung angedeihen zu lassen."²⁾

In RGSt 44, 254 ff. war bei der Verurteilung wegen Betrugs straferschwerend berücksichtigt worden, daß der Angeklagte zur Durchführung des Betrugs seinen Knecht zu einer Brandstiftung angestiftet hatte, obwohl er wegen dieser Anstiftung rechtskräftig freigesprochen worden war. Das Reichsgericht hält das für zulässig. Zwar sei der Strafanspruch wegen des Brandstiftungsverbrechens untergegangen, jedoch hindere das den späteren Richter bei der Beurteilung einer anderen Tat nicht, die Anstiftung zur Brandstiftung zu bejahen und bei der neuen Verurteilung uneingeschränkt zur Geltung zu bringen.³⁾

1) Dazu Geerds, S. 417; Heinrich, S. 33 f. und 37 ff.; H. Peters, S. 39 f.; Stankiewicz, S. 41 ff.; Stoll, S. 75; Stratenwerth, JuS 1962, S. 223. Einschränkend Gerland (JW 1928, S. 2247), der eine Bindungswirkung dann verneint, wenn das Urteil sich mit der Frage, ob Fortsetzungszusammenhang vorliege, überhaupt nicht befaßt, wohl aber die ausdrückliche Ablehnung des Fortsetzungszusammenhangs für bindend hält. Dagegen Heinrich, S. 41 f.

2) RGSt 33, 303 (305)

3) Vgl. weiter die bei Bruns, Festschrift für Eb. Schmidt, S. 611, zitierten Fälle.

Das Reichsgericht kommt also hier zur Verneinung einer aus der Rechtskraft abgeleiteten Bindungswirkung.¹⁾ Allerdings wird in den Entscheidungen nachdrücklich betont, daß es sich bei der rechtskräftig abgeurteilten und der angeklagten Tat um zwei v e r s c h i e d e n e Taten handeln müsse. So selbstverständlich das an sich ist, weil im anderen Fall die Strafklage auch für den jetzt der Anklage zugrunde liegenden Sachverhalt verbraucht ist²⁾, muß dies hier beachtet werden; denn bejaht man Fortsetzungszusammenhang zwischen dem im ersten Urteil behandelten Akt und den späteren Einzelakten, dann liegen nicht zwei verschiedene Taten, sondern nur eine vor. Jedoch kann das zu einer abweichenden Beurteilung bei der hier zu entscheidenden Fragestellung nicht führen. Das Reichsgericht kommt zur Annahme einer prozessualen Tatmehrheit zwischen den einzelnen Akten ja nur dadurch, daß es ein Abweichen von den Feststellungen des rechtskräftigen Urteils für unzulässig hält. Wenn es nun andererseits - in den oben zitierten Entscheidungen - sagt, daß bei einer Mehrheit von Taten die Feststellungen, die bei der Aburteilung einer anderen Tat getroffen seien, nicht bindend seien, so liegt darin ein eklatanter Widerspruch: der zweite Richter ist an die früheren Ergebnisse nicht gebunden, wenn in jedem Fall zwei verschiedene Taten anzunehmen sind, er ist es aber dann, wenn die Überprüfung des rechtskräftigen Urteils ergibt, daß in Wirklichkeit nur ein und dieselbe Tat vorliegt. Eine unterschiedliche Behandlung der beiden Fallgruppen in dieser

1) Auf Grund dieser Fälle trifft Bruns, aaO, die Feststellung, die Rechtsprechung lehne bei vollrechtskräftigen Strafurteilen schon lange eine Feststellungs- und Bindungswirkung ab. Auf die Behandlung dieser Fragen im Bereich der Fortsetzungstat geht er allerdings nicht ein.

2) Der ausdrückliche Hinweis in RGSt 33, 303 ff. und RGSt 44, 257 ff., daß der früheren Aburteilung eine andere Tat zugrunde lag als dem späteren Verfahren, ist deshalb auch nur daraus zu erklären, daß man dem Einwand begegnen will, die abgeurteilte Tat werde nochmals zum Gegenstand eines Prozesses gemacht.

Weise läßt sich nicht vertreten. Wird eine Bindung bei prozessualer Tatmehrheit verneint, so kann man im anderen Fall die prozessuale Tatmehrheit nicht mit eben dieser Bindung begründen. Denn wie wollte man, nachdem man das Ergebnis - mehrere Taten i. S. des § 264 StPO - gewonnen hat, rechtfertigen, daß ein Abweichen von der Beurteilung der "anderen Tat" in dem rechtskräftigen Urteil ausgeschlossen ist? Eine Antwort hierauf läßt sich nicht finden, und deshalb widerspricht die bei der fortgesetzten Handlung vertretene Ansicht der in den oben zitierten Entscheidungen dargelegten Meinung des Reichsgerichts. Richtigerweise kann man doch nur so argumentieren: Der zweite Richter muß zunächst untersuchen, ob der ihm vorliegende Sachverhalt dem abgeurteilten Geschehen zugehört oder nicht; dabei ist er an Feststellungen in dem rechtskräftigen Urteil, die für die Reichweite der Identität maßgeblich sein können, nicht gebunden. Kommt er zur Annahme einer Tatidentität, muß er wegen Verbrauchs der Strafklage das Verfahren einstellen. Ergibt sich dagegen eine Mehrheit prozessualer Taten, ist eine neue Entscheidung zulässig, wobei auch jetzt eine Bindung an frühere rechtskräftige Feststellungen nicht besteht.

Die Ablehnung der vom Reichsgericht bei der fortgesetzten Handlung postulierten Bindungswirkung stimmt überein mit der heute in der Literatur vertretenen Meinung zu der Frage, ob der Strafrichter an Feststellungen in einem rechtskräftigen Urteil gebunden sei.

Wie gerade neuere Untersuchungen zeigen, erwächst nur eine bestimmte Rechtsfolgeentscheidung in Rechtskraft.¹⁾ Dem Strafurteil kann eine Feststellungswirkung nur insoweit zukommen, als es über die Frage entschieden hat, ob aus einem bestimmten Lebenssachverhalt ein staatlicher Strafanspruch gegen den Angeklagten erwachsen ist.²⁾

1) Bruns, Festschrift für Eb. Schmidt, S. 618; weiter Abel, S. 69 f.

2) Abel, aaO. Eine weitergehende Bindungswirkung verneint nunmehr auch der Bundesgerichtshof: "... die Rechtskraft

Insoweit wird aber der Inhalt des rechtskräftigen Urteils gerade nicht angegriffen. Denn die Rechtsfolgeentscheidung ist zwar bindend, aber nicht präjudiziell, da die Existenz des Strafanspruchs für den Folgeprozeß keine Bedeutung gewinnen kann.¹⁾ Daß sich der Angeklagte in der Weise strafbar gemacht hat, wie dies im Ersturteil ausgeführt ist, kann vom späteren Richter schon deshalb nicht bestritten werden, weil er über den abgeurteilten Akt wegen des Verbots des bis in idem keinesfalls nochmals entscheiden darf. Seine Untersuchung ist auf die Prüfung beschränkt, ob sich das strafbare Tun des Täters in dem Verhalten erschöpft, das dem Ersturteil zugrunde lag, oder ob weitere Tatbestandsverwirklichungen zu bejahen sind und - gegebenenfalls - in welchem materiellen und prozessualen Verhältnis diese weiteren Tätigkeitsstücke zu dem bereits abgeurteilten Teil stehen. Er muß dabei den erledigten Akt zwar noch einmal in seine Überlegung einbeziehen, aber nicht deshalb, um die erstrichterliche Qualifikation, soweit sie Bindungswirkung äußert, zu modifizieren. Die Feststellung, der Täter habe einen Straftatbestand nicht, wie im früheren Verfahren angenommen wurde, durch einen einzigen Tätigkeitsakt, sondern durch eine Reihe äußerlich unterscheidbarer Willensverwirklichungen erfüllt, bedeutet nicht, daß von dem bin-

hat nur die Wirkung, daß kein Rechtsmittel mehr eingelegt und gegen denselben Angeklagten wegen derselben Tat kein neues Verfahren eingeleitet werden kann. Dagegen erstreckt sich die Rechtskraft des freisprechenden Urteils nicht auf die Entscheidungsgründe und die in ihnen enthaltene Rechtsansicht" (BGHSt 15, 78, 81). Und: "Feststellungen von Tatsachen und Rechtsausführungen werden nach herrschender Lehre grundsätzlich nicht rechtskräftig" (BGHSt 17, 388, 390). Zumindest mißverständlich aber BGHSt 14, 30 (36): "Kraft der mit der Beschränkbarkeit der Revision den Rechtsmittelberechtigten grundsätzlich eingeräumten Verfügungsmacht werden die von ihnen nicht angegriffenen selbständigen Teile der Entscheidung samt den ihnen jeweils zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen rechtskräftig."

1) So Bruns, Festschrift für Eb. Schmidt, S. 619 (Bruns repräsentiert dabei die herrschende Meinung; vgl. die Nachweise S. 612 Fußn. 54); ebenso ders. in Teilrechtskraft, S. 19

denden Teil des ersten Urteils abgewichen wird. Die Einbeziehung der im ersten Prozeß als selbständig gewerteten Handlung in einen Fortsetzungszusammenhang besagt nur, daß diese Handlung über einen längeren Zeitraum hin verwirklicht worden ist als der Erstrichter gemeint hat. Sie läßt aber den bindenden Inhalt des rechtskräftigen Urteils, daß nämlich aus dem in diesem gewürdigten Sachverhalt ein bestimmter Strafanspruch resultiere, unangetastet.

Die Fragwürdigkeit der vom Reichsgericht kreierten Bindungswirkung zeigt auch ein Vergleich mit den Ergebnissen, zu denen man bei konsequenter Durchführung dieser Ansicht außerhalb des Gebiets der fortgesetzten Handlung gelangt. Daß ein Tatbestand durch eine Reihe äußerlich unterscheidbarer Akte verwirklicht wird, ist nicht ein Spezifikum des fortgesetzten Delikts, sondern kommt in gleicher Weise bei der natürlichen Handlungseinheit vor. Auch hier ist es denkbar, daß im Ersturteil nicht die gesamte Handlungskette, sondern nur ein Tätigkeitsmoment daraus berücksichtigt¹⁾ und notwendigerweise als selbständige Handlung qualifiziert wurde. Treten nachträglich die übrigen Teile hervor, dann wäre es - nach der Deduktion des Reichsgerichts - dem zweiten Richter verwehrt, abweichend von der früheren Entscheidung die rechtskräftig als selbständig gewertete Handlung nur als unselbständiges Glied einer umfassenden Handlungseinheit anzusehen. Er müßte bei seinen weiteren Überlegungen mit der Fiktion arbeiten, der Täter habe sich nicht wegen einer, sondern wegen mehrerer Handlungen strafbar gemacht. Nach der früheren Reichsgerichtsrechtsprechung, die die Begriffe Tat und Handlung gleichsetzte²⁾, hätte die Folge sein müssen, daß eine Verurteilung wegen der restlichen, in die

1) Ein Beispiel: Der Dieb wird wegen der Wegnahme von DM 50,-- verurteilt; daß er bei seinem Einbruch auch mehrere wertvolle Schmuckstücke hat mitgehen lassen, stellt sich erst nach Rechtskraft des Urteils heraus. Vgl. auch den Sachverhalt von RGSt 9, 14 ff.

2) Vgl. die Interpretation der Rechtsprechung des Reichsgerichts in BGHSt 13, 21 (25)

natürliche Handlungseinheit gehörenden Akte möglich wäre, obwohl in beiden Prozessen dasselbe, auf einen äußerst engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang beschränkte Vorkommnis zur Debatte stand. Das Reichsgericht selbst hat diese Konsequenz bei der natürlichen Handlungseinheit auch nicht gezogen¹⁾ und damit die Vermutung bestärkt, daß die bei der fortgesetzten Handlung postulierte Bindungswirkung eine dogmatisch nicht haltbare Zweckkonstruktion zur Erreichung eines gewünschten Ergebnisses darstellt.

Die Zweifel, denen sich eine derartige Beschränkung des Umfangs der Rechtskraftwirkung bei Fortsetzungszusammenhang ausgesetzt sieht, hat nunmehr auch der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs geteilt. Zwar hat er die Frage nicht endgültig entschieden, da es in dem ihm vorliegenden Fall für das Ergebnis hierauf nicht ankam, er neigt aber der mit folgenden Worten begründeten Meinung zu²⁾: "Der Richter des neuen Verfahrens darf und muß prüfen, ob die Tat des neuen Verfahrens und eine rechtskräftig abgeurteilte Einzeltat eine und dieselbe Handlung i. S. des § 73 StGB sind. Trifft dies zu, so ist grundsätzlich die Strafklage verbraucht. Taten, welche im Sinne des § 73 StGB durch eine und dieselbe Handlung verübt werden, sind stets auch im Sinne des § 264 StPO dieselbe Tat. Das gleiche muß auch für die fortgesetzte Straftat gelten. Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, daß dies bei der fortgesetzten Straftat zu ungerechten Ergebnissen führe. Solchen ungerechten Ergebnissen darf nicht dadurch begegnet werden, daß man den Verfassungsrechtssatz des Art. 103 Abs. III GG unbeachtet läßt, der verbietet, daß jemand wegen derselben Tat mehrmals bestraft wird."³⁾

1) RGSt 9, 14 (17)

2) BGHSt 15, 268 (272)

3) Dagegen Geerds (S. 417), der dieses Ergebnis (allerdings vor dem Erlass der zitierten BGH-Entscheidung) als eine "nahezu kurios anmutende Ansicht" bezeichnet.

Wenn man das Verdienst dieser Entscheidung darin gesehen hat, daß sie den Bruch mit der ständigen Rechtsprechung vorbereite¹⁾, so sieht man sich freilich enttäuscht durch ein Urteil des 4. Strafsenats vom 23. 11. 1962.²⁾ Unter Berufung auf RGSt 54, 285 f. und ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20. 2. 1953³⁾ wird wiederum die Verurteilung wegen einer fortgesetzten Handlung für zulässig erklärt, obwohl ein Teilakt aus dem Fortsetzungszusammenhang bereits Gegenstand eines früheren Verfahrens war. Eine eigene Begründung wird allerdings ebenso wenig geliefert, wie auf die abweichende Ansicht in BGHSt 15, 268 (272) eingegangen wird.

Angesichts der widersprechenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erscheint es dringend notwendig, daß das Gericht zu dieser Frage eindeutig Stellung nimmt.⁴⁾ Nach den vorstehenden Ausführungen ist die Annahme gerechtfertigt, daß diese Stellungnahme im Sinne der Darlegungen des 5. Strafsenats ausfallen muß.

II. Der Strafklageverbrauch bei einem von der Anklage wegen eines fortgesetzten Delikts freisprechenden Urteil

Neben der Möglichkeit der Verurteilung gibt es die andere, daß der Angeklagte vom Vorwurf eines fortgesetzten Delikts freigesprochen wird, weil aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen eine schuldhaft Tatbestandsverwirklichung nicht festgestellt werden konnte. Im Falle der Verurteilung gilt, wenn nach Rechtskraft des Ersturteils neue, bisher nicht berücksichtigte Teile des Fortsetzungszusammenhangs hervortreten, der Grundsatz, daß die rechtskräftige Entscheidung die Strafklage für alle vor dem Urteil begangenen, in den Fortsetzungszusammenhang fallenden

1) So Stratenwerth, JuS 1962, S. 223

2) BGH, NJW 1963, S. 549

3) 2 StR 816/52, mitgeteilt bei Dallinger, MDR 1953, S. 273

4) Die Dringlichkeit einer rechtssystematisch klaren Lösung betont auch Dallinger, MDR 1953, S. 273.

Einzelakte verbraucht, ohne Rücksicht darauf, ob sie dem Gericht bekannt waren oder nicht. Bei einem Freispruch vom Vorwurf eines fortgesetzten Delikts ist es in gleicher Weise möglich, daß nach Rechtskraft dieser Entscheidung Teilakte bekannt werden, die zwar vor dem Urteil verübt, jedoch in der Anklage nicht erwähnt und bei dem freisprechenden Erkenntnis nicht berücksichtigt wurden. Auch hier stellt sich die Frage, wie weit die Rechtskraft des freisprechenden Urteils reicht, ob ebenso wie im Falle der Verurteilung das Verbot des bis in idem ein Verfahren wegen der neu aufgetauchten Akte verwehrt oder ob eine andere Behandlung geboten ist.

Die Antwort des Reichsgerichts geht dahin, daß dem Freispruch nicht dieselbe Wirkung wie der Verurteilung zukommen könne. Während bei einer Verurteilung ein neuer Prozeß grundsätzlich unzulässig sei, müsse bei einer freisprechenden Entscheidung ein Verfahren wegen der nicht erfaßten Teilhandlungen zugelassen werden.¹⁾ Die Begründung lautet folgendermaßen²⁾: Da die Tat den Umfang des Strafklageverbrauchs wie den der Entscheidungsbefugnis des Gerichts bestimme, müsse geprüft werden, ob die später hervorgetretenen, jetzt im zweiten Prozeß zur Aburteilung stehenden Einzelakte Bestandteile des erledigten einheitlichen historischen Geschehens seien. Nach dem Grundsatz, daß die fortgesetzte Handlung in ihrer Gesamtheit stets eine Tat bilde, würden bei einer Anklage wegen eines fortgesetzten Delikts sämtliche Teilakte erfaßt, in denen sich das strafbare Tun des Angeklagten verwirklicht habe. Werde wegen einer fortgesetzten Straftat verurteilt, so sei die Strafklage für alle in den Zusammenhang gehörenden Einzelstücke verbraucht.

1) RGSt 47, 397 (399 ff.); 54, 333 (334 f.); JW 1921, S. 846; JW 1931, S. 216 ff.

2) Das Reichsgericht hatte diese Grundsätze zuerst zum Kollektivdelikt - das bis RGSt 72, S. 164 ff. auch als eine Handlung angesehen wurde - entwickelt und sie dann auf die fortgesetzte Handlung übertragen.

Das gelte aber immer nur für die Fälle, in denen eine fortgesetzte Handlung wirklich vorliege. Anders sei es dann, wenn das Gericht bei der Prüfung des angeklagten Fortsetzungszusammenhangs zu einem Freispruch komme; denn hier sei ein Fortsetzungszusammenhang gar nicht gegeben. Mit dem Freispruch stehe fest, daß sich der Angeklagte wegen der im Urteil bezeichneten Einzelakte nicht strafbar gemacht habe. Da eine fortgesetzte Handlung nur aus strafbaren Akten bestehen könne, fehle das Band, das die Teilstücke zu einer juristischen Handlungseinheit verbinde. Die Folge sei, daß mangels eines Zusammenhangs jede der im Urteil erfaßten Tatbestandsverwirklichungen eine selbständige Handlung und damit auch eine Tat im Sinne des § 264 StPO bilde.¹⁾ Das gleiche müsse im Verhältnis zu anderen, möglicherweise strafbaren Verhaltensweisen des Täters gelten, die zwar vor dem Erlaß des Urteils begangen wurden, aber erst später hervorgetreten sind; mit den dem Freispruch zugrunde liegenden Handlungen könnten sie nicht in Fortsetzungszusammenhang stehen. Damit müßten sie als andere Handlungen (bzw. als eine "andere" fortgesetzte Handlung, wenn die neu entdeckten Teile unter sich die Voraussetzungen des Fortsetzungszusammenhangs erfüllen) und auch als andere Taten i. S. des § 264 StPO (bzw. als eine andere Tat) qualifiziert werden.²⁾ Strafklageverbrauch sei

-
- 1) Daß mangels Handlungseinheit auch Tatidentität zu verneinen sei, ergab sich für die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts aus dem von ihr vertretenen Grundsatz, eine Mehrheit von Handlungen könne nicht eine Tat i. S. des § 264 StPO bilden. Vgl. dazu die Interpretation der Reichsgerichts-Rechtsprechung durch BGHSt 13, 21 (25). Trotz der heute grundsätzlich anderen Auffassung, BGH, aaO., entspricht diese Meinung über das Verhältnis prozessuale Tat und fortgesetzte Handlung der heute herrschenden Ansicht, wie im Lauf der folgenden Erörterung gezeigt werden wird.
 - 2) In den früheren Entscheidungen hat das Reichsgericht allerdings eine einschränkende Auffassung vertreten: Der Freispruch vom Vorwurf eines fortgesetzten oder Kollektivdelikts hindere zwar die Verfolgung unter dem Gesichtspunkt des Sammeldelikts, dagegen sei die Aburteilung der später aufgetauchten Fälle als selbständige Handlungen möglich. Vgl. RGSt 23, 230 (232); 24, 419 (420); 47, 397 (400 f.). Diese Einschränkung

deshalb mangels Tatidentität zu verneinen.

Das Reichsgericht kommt demnach zu dem Ergebnis, daß wegen der in dem freisprechenden Urteil nicht erwähnten Teilhandlungen eine Verurteilung in einem zweiten Verfahren generell zulässig sei.¹⁾

1. Der Freispruch erfolgte zu Unrecht

Der Fehler bei dieser Argumentation liegt darin, daß das prozessuale Faktum des Freispruchs mit der tatsächlichen Strafflosigkeit des früheren Handlungskomplexes gleichgesetzt und die Möglichkeit eines zu Unrecht erfolgten Freispruchs außer Betracht gelassen wird.²⁾ Wenn der Angeklagte vom Vorwurf eines fortgesetzten Delikts freigesprochen wird, so bedeutet das nicht, daß er ein solches nicht begangen hat, sondern nur, daß der Erstrichter - aus welchen Gründen tatsächlicher oder rechtlicher Natur auch immer - zu diesem Ergebnis gekommen ist. Die Entscheidung kann jedoch falsch sein. Hat z. B. der frühere Richter mangels

wird in den späteren Urteilen aufgegeben, vgl. RGSt 54, 333 (334): "Es bleibt also eine erneute Strafverfolgung und Verurteilung wegen eines weiteren, damals nicht erörterten, Falles aus dem rechtlichen Gesichtspunkte der Einzeltat oder der Zugehörigkeit zu einem anderen Fortsetzungszusammenhang noch zulässig." Ebenso RG in JW 1921, S. 846; JW 1931, S. 216 (218). Zu dieser Problematik beim Kollektivdelikt RGSt 66, 19 (26). Vgl. zum Ganzen Litzberg, S. 62 f.

- 1) Von den strafprozessualen Kommentaren haben sich der Ansicht des Reichsgerichts angeschlossen: Erbs, § 264 Anm. XI; Geier in Löwe-Rosenberg, § 264 Anm. 3 e (S. 1079); Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Vorb. § 151 Anm. 23 e (S. 712); Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 10 B 3 c B a b b (S. 96 f.); Schwarz-Kleinknecht, Einl. 8 B g. Im Ergebnis ebenso Müller-Sax (KMR), Einl. 14 B I f (2). Ablehnend: Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 307 f. Auch der Bundesgerichtshof soll diese Auffassung in einer unveröffentlichten Entscheidung vertreten haben (BGH vom 2. 9. 1954, 1 StR 558/83; zitiert bei Schwarz-Kleinknecht, aaO.).
- 2) Besonders deutlich Beling, JW 1931, S. 216 ff.

Beweises freigesprochen, so ist es möglich, daß nach Rechtskraft der Entscheidung neue Beweismittel hervortreten, die eindeutig die Schuld des Angeklagten ergeben. Für den Richter, der in einem späteren Verfahren über nachträglich hervorgetretene Teilakte zu entscheiden hat, steht dann fest, daß sich der Angeklagte bezüglich des früheren Sachverhalts trotz des Freispruchs wegen einer fortgesetzten Handlung strafbar gemacht hat, und es kann sehr wohl sein, daß die neu hervorgetretenen Einzelakte mit denen, die dem ersten Urteil zugrunde lagen, in Fortsetzungszusammenhang stehen. Da sämtliche Bestandteile des Fortsetzungszusammenhangs auch einer Tat i. S. des § 264 StPO angehören, muß der spätere Richter Tatidentität zwischen den Akten, die in dem freisprechenden Urteil behandelt wurden, und den im zweiten Verfahren zur Aburteilung stehenden bejahen.¹⁾

Fraglich kann nur sein, ob er an dieser Annahme durch die Rechtskraft des freisprechenden Urteils gehindert ist. Das Reichsgericht vertritt diese Auffassung, wenn es dem zweiten Richter die Feststellung verwehrt, daß sich der Angeklagte entgegen dem erstrichterlichen Freispruch wegen einer fortgesetzten Handlung strafbar gemacht habe. Es operiert wiederum mit einer Bindungswirkung, indem es die Ergebnisse des rechtskräftigen Urteils auch für ein späteres Verfahren maßgebend sein läßt. Der zweite Richter darf die Frage der Tatidentität nicht auf Grund seiner Anschauung und in eigener Verantwortung entscheiden, sondern er ist an die in dem rechtskräftigen Urteil enthaltene Auffassung des ersten Richters gebunden.²⁾

1) So auch Bockshammer, S. 58 ff.; Doerr, S. 216 Anm. 5; Heinrich, S. 44 ff. Vgl. weiter die im einzelnen unterschiedlichen Stellungnahmen von Beling, JW 1931, S. 216 ff.; Geerds, S. 418; Kern, JW 1933, S. 456 ff.; Lilienthal, JW 1921, S. 846; Litzenberg, S. 60 ff.; Neumann, S. 42 ff.; Pfuhz, S. 96 ff.; Preiser, ZStW 58, S. 765 ff.; Schwinge, ZStW 52, S. 234 ff.; Stankiewicz, S. 51 ff.; Stoll, S. 77 ff.

2) Z. B. RGSt 54, 333 (334 f.)

Auch hier sucht man in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vergeblich nach einer Begründung, warum der zweite Richter diese Feststellung nicht soll treffen können.¹⁾

In RGSt 33, 303 ff. und 44, S. 257 ff. wurde die genau entgegengesetzte Auffassung vertreten²⁾ und der spätere Richter für berechtigt erklärt, abweichend von dem rechtskräftigen Freispruch festzustellen, daß der Angeklagte sich wegen der damals behandelten Tat strafbar gemacht habe. Soweit das Problem in der älteren Literatur näher erörtert wird, kommt man zu dem gleichen Resultat, daß nämlich die Rechtskraft eine Bindungswirkung in diesem Sinne nicht haben könne.³⁾ Im Einklang damit stehen die Ergebnisse⁴⁾ neuerer Untersuchungen über die Frage, ob das rechtskräftige Urteil eine positive Funktion äußern kann und welche Bedeutung dieser in einem späteren Verfahren zukommt; auch dort wird eine derartige Bindungswirkung des rechtskräftigen Strafurteils verneint.⁵⁾

Nach alledem kann nicht zweifelhaft sein, daß sich die von der Rechtsprechung vertretene Meinung nicht aufrechterhalten läßt. Sie operiert mit einer Bindungswirkung, die es überhaupt nicht gibt. Deshalb kann man dem zweiten Richter die Feststellung nicht verwehren, daß der rechtskräftige Freispruch zu Unrecht erfolgte und daß die dem früheren Urteil zugrunde liegenden und die neu angeklagten Akte zusammen eine fortgesetzte Handlung bilden. Kommt er zur Annahme eines Fortsetzungszusammenhangs, dann muß er auch Tatidentität zwischen sämtlichen

1) Näher dazu oben S. 90 ff.

2) S. dazu eingehend oben S. 91

3) Beling, JW 1931, S. 216 ff.; Bockshammer, S. 59; Heinrich, S. 44 f.; Neumann, S. 42 f.; Stoll, S. 78

4) Die Begründung in der älteren Literatur weicht insofern ab, als dort meist eine positive Wirkung der Rechtskraft schlechthin geleugnet wird. Diese Auffassung wird auch heute z. T. vertreten; z. B. Vogler, S. 55. Von hier aus erledigt sich die auf die Anerkennung einer Bindungswirkung angewiesene Ansicht des Reichsgerichts von selbst.

5) Vgl. S. 94 Fußn. 1

Einzelakten bejahen. Das Ergebnis kann demnach nur lauten, daß die Strafklage für sämtliche Teilhandlungen des fortgesetzten Delikts verbraucht ist, wenn sich der erstrichterliche Freispruch als falsch erweist.

2. Der Freispruch erfolgte zu Recht

Neben den Fällen, in denen sich der erstrichterliche Freispruch im zweiten Prozeß als falsch erweist, sind andere denkbar, bei denen der Angeklagte von dem Vorwurf des fortgesetzten Delikts zu Recht freigesprochen wurde, soweit die dem Ersturteil zugrunde liegenden Teile betrachtet werden. Treten nach Rechtskraft des freisprechenden Urteils bisher unbekannte, vor diesem verübte Einzelakte hervor, so stellt sich wiederum die Frage, ob sie in einem neuen Verfahren erfaßt werden können oder ob die Strafklage auch insoweit verbraucht ist. Während nach der Meinung des Reichsgerichts ein Unterschied zwischen den beiden Sachgestaltungen 1. und 2. nicht zu machen und in jedem Fall eine erneute Verurteilung zulässig ist, sind die Stimmen in der Literatur, die die Auffassung der Rechtsprechung grundsätzlich ablehnen, hier geteilt.

Ausgehend von der Feststellung, daß eine fortgesetzte Handlung nur aus strafbaren Teilstücken bestehen könne, Fortsetzungszusammenhang mit straflosen Einzelakten aber undenkbar sei, sieht eine Meinung als entscheidend an, daß die nach Rechtskraft entdeckten Akte selbständige Handlungen gegenüber den im Erstprozeß behandelten straflosen Verhaltensweisen seien. Mangels Fortsetzungszusammenhangs müsse der zweite Richter zwischen den früher abgeurteilten und den jetzt zu erörternden Teilen auch eine Mehrheit prozessualer Taten annehmen. Da es an der Tatidentität zwischen den verschiedenen Verhaltensweisen fehle, erstrecke sich die Rechtskraft des Ersturteils nicht auf die neu angeklagten Teilhandlungen und diese könnten

in einem zweiten Prozeß abgeurteilt werden.¹⁾ Das Ergebnis entspricht damit der Auffassung des Reichsgerichts, während die Begründung insofern abweicht, als der spätere Richter für befugt erachtet wird, bei der Frage nach der Tatidentität die dem ersten Urteil zugrunde liegenden Tätigkeitsstücke daraufhin zu prüfen, ob die Freisprechung vom Vorwurf eines fortgesetzten Delikts zu Recht erfolgt sei.

Die Gegenauffassung - besonders vertreten von Beling²⁾ - geht ebenfalls davon aus, daß der zweite Richter nicht an Feststellungen des rechtskräftigen Urteils gebunden, sondern bei der Untersuchung der Identitätsfrage frei sei; er könne zu diesem Zweck prüfen, ob der Freispruch richtig sei oder nicht. Jedoch komme es nicht auf das Ergebnis dieser Prüfung an, da die Strafklage, wenn im vorhergehenden Prozeß wegen einer fortgesetzten Handlung angeklagt worden sei, in jedem Fall für die sämtlichen Einzelakte verbraucht sei, gleichviel, ob die im Ersturteil behandelten Stücke nach der Auffassung des späteren Richters strafbar oder straflos gewesen seien. Das folge daraus, daß vom Gericht bei einer Anklage wegen eines fortgesetzten Delikts nur eine *h y p o t h e - t i s c h* strafbare Handlung zu beurteilen sei. Es müsse seine Prüfung auf alle in den Fortsetzungszusammenhang fallenden Teilhandlungen erstrecken, ohne Rücksicht darauf, "ob jener Urbestandteil³⁾ des Ganzen und ob die hinzukommenden (sc. Teilhandlungen) überhaupt geschichtliche Vorkommnisse, und ob sie strafbar sind."⁴⁾ Welche strafbar seien, ob alle oder einzelne oder keine, das sei eine Frage, die nicht die *E r f a s s u n g* des zu beurteilenden Gegenstandes, sondern die erst den *I n -*

1) Bockshammer, S. 58 ff.; Doerr, S. 216 Anm. 5; Heinrich, S. 44 ff.

2) Beling, JW 1931, S. 216 ff.; ebenso Kern, JW 1933, S. 456 ff.; Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 307 f.

3) Damit sind die in der Anklage erwähnten Einzelakte gemeint.

4) Beling, JW 1931, S. 217

h a l t des Sachurteils angehe. Recht und Pflicht des Gerichts sei es, die Strafklage auf alle Akte zu erstrecken, die möglicherweise dem angeklagten fortgesetzten Delikt zugehören könnten. Da der Umfang der Klageänderungsbefugnis den Rahmen für das Wiederholungsverbot abgebe, folge daraus für den späteren Richter, daß die Strafklage für die ganze fortgesetzte Handlung, also auch für nicht in Erscheinung getretene Teilakte verbraucht sei, gleichgültig, ob das rechtskräftige Urteil auf Verurteilung oder Freispruch gelaute habe.

Die gegenteilige Auffassung des Reichsgerichts - so argumentiert Beling weiter - gehe von einer schrittweisen Bildung des Prozeßgegenstandes aus. Nach ihr müsse der Richter bei der Anklage wegen eines fortgesetzten Delikts zunächst prüfen, ob die in der Anklage aufgeführten Akte strafbar seien. Nur wenn er dies bei wenigstens einem Akt bejaht habe, dürfe er nach etwaigen anderen, mit dem (bzw. den) genannten in Fortsetzungszusammenhang stehenden Fällen forschen. Komme er jedoch zur Strafflosigkeit aller in der Anklage genannten Fälle, so könne er nach anderen, möglicherweise strafbaren Akten gar nicht Ausschau halten, da ein Fortsetzungszusammenhang nur zwischen strafbaren Teilstücken möglich sei, die strafflosen mit den strafbaren aber nicht in Zusammenhang stehen könnten und deshalb als andere Taten i. S. des § 264 StPO aufgefaßt werden müßten. Diese Schlußfolgerung ist nach Beling unrichtig, weil der Erstrichter auch bei Strafflosigkeit der aufgeführten Einzelakte nicht gehindert sei, nach weiteren, eventuell strafbaren Fällen zu forschen und diese in das Verfahren einzubeziehen. Denn vom Richter sei nicht die s t r a f b a r e Tat zu beurteilen, sondern die "hypothetisch strafbare, die als strafbar in Betracht kommende." Der Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts sei nicht von der Strafbarkeit der ihm unterbreiteten Handlung abhängig, da gerade diese Frage im Prozeß erst geklärt werden solle. Die Pflicht zur umfassenden Aburteilung bestehe auch dann, wenn sich die Verhaltensweise des Angeklagten

im Ergebnis als straflos herausstelle, nur müsse dann eben Freispruch erfolgen.

Die Lösung Belings geht im Grunde von einer scharfen Trennung des Begriffs prozessuale Tat und materiell-rechtliche Handlung aus.¹⁾ Tat i. S. des § 264 StPO ist das geschichtliche Ereignis, soweit es eine Einheit darstellt, wobei es auf die sachlich-rechtliche Qualifikation nicht ankommt. Dieser Komplex bildet den Rahmen für die Entscheidungsbefugnis des Gerichts, in diesem Rahmen muß der Richter nach strafbaren Akten des Täters forschen. Ohne Rücksicht darauf, wie das Ergebnis seiner Untersuchung ausfällt, ob er freispricht oder verurteilt, auf jeden Fall wird die Strafklage für den Bereich der Tat verbraucht. Auch wenn man diesen Ausgangspunkt akzeptiert, kann der Auffassung Belings nicht beigespflichtet werden. Denn daraus folgt nicht, daß immer dann, wenn wegen eines fortgesetzten Delikts angeklagt war und sich die in der Anklage bezeichneten Einzelstücke als straflos herausstellen, dafür aber andere, unter den bezeichneten Tatbestand zu subsumierende Teilhandlungen hervortreten, sämtliche Akte der gleichen Tat angehören. Dadurch würde jegliche Abgrenzung der Tat unmöglich, weil allein die Identität des Täters und die Nämlichkeit des anzuwendenden Strafgesetzes die prozessuale Tateinheit vermitteln könnte.

Um das an einem Beispiel zu zeigen: Wenn dem Angeklagten ein fortgesetzter, aus drei Teilakten bestehender Diebstahl vorgeworfen wird und sich in der Hauptverhandlung ergibt, daß er die drei bezeichneten Akte nicht begangen hat, wohl aber vor oder nach diesem Zeitpunkt durch eine Reihe von Teilhandlungen einen fortgesetzten Diebstahl verübt hat, so müßten diese später hervorgetretenen Einzelakte als Bestandteile der angeklagten Tat angesehen werden, auch dann, wenn keinerlei Zusammenhang mit den angeklagten straflosen

1) Wie sie im Prinzip auch von der herrschenden Meinung vertreten wird; vgl. z. B. Geier in Löwe-Rosenberg, § 264 Anm. 2.

Stücken bestünde, etwa deshalb, weil insoweit der Angeklagte auf Grund einer Personenverwechslung fälschlich als Täter bezeichnet wurde. Diese Konsequenz, die die Auffassung Belings nahelegt¹⁾, würde dazu führen, daß die prozessuale Tat in keiner Weise konkretisiert werden kann. Damit erweist sich der allgemeine Satz als unrichtig, daß der berechtigte Freispruch vom Vorwurf eines fortgesetzten Delikts die Strafklage auch für solche vor dem Urteil begangene Akte verbraucht, die nach Rechtskraft der Entscheidung entdeckt werden.

Um zu einem Ergebnis zu kommen, muß man sich daran erinnern, daß durch die sachlich-rechtliche Kontraktion mehrerer Tätigkeitsakte zu einer fortgesetzten Handlung der Umfang der prozessualen Tat erweitert wird und Tatidentität auch dort anzunehmen ist, wo sie ohne Rückgriff auf die materiell-rechtliche Lage nicht zu bejahen wäre.²⁾ Daß die fortgesetzte Handlung in ihrer Gesamtheit als eine prozessuale Tat zu werten ist, ergibt sich nicht aus einem Vergleich der Begriffe des Fortsetzungszusammenhangs und der Tat im prozessualen Sinn - bei einer natürlichen Betrachtung erscheint jeder Einzelakt, nicht aber die gesamte Handlungskette, als ein einheitlicher geschichtlicher Vorgang -, sondern aus dogmatischen Überlegungen.³⁾ Stimmt man dem zu, so gibt die materiell-rechtliche Qualifikation die Antwort auf die Frage nach der Tatidentität. Nur dort, wo ein fortgesetztes Delikt tatsächlich vorliegt, erstreckt sich die Tat auf den gesamten Umfang des Fortsetzungszusammenhangs. Ist eine fortgesetzte Handlung zu verneinen, so umfaßt der Rahmen der Tat das Geschehen nur soweit, wie es im Urteil behandelt ist, also nur die Einzelakte, die ausdrücklich genannt sind. Der Tat sind dagegen solche Akte nicht zuzurechnen, mit denen ein materiell-rechtlicher Zusammenhang deshalb nicht besteht, weil die in der An-

1) In dieser Weise wird die Ansicht Belings von Litzenberg, S. 65, interpretiert und deshalb abgelehnt.

2) Oben S. 78 f.

3) Oben S. 51 f. und S. 56 ff.

klage genannten Teilstücke straflos sind. Damit wird über die Tatidentität durch die sachlich-rechtliche Lage entschieden; die Folge ist, daß der berechtigte Freispruch vom Vorwurf eines fortgesetzten Delikts die Strafklage nicht für weitere, möglicherweise strafbare Teilakte verbraucht.

Das Ergebnis lautet demnach: Ist von der Anklage wegen eines fortgesetzten Delikts freigesprochen worden und treten nach Rechtskraft dieses Urteils Teilakte hervor, die möglicherweise dem abgeurteilten Fortsetzungszusammenhang angehören, so muß der zweite Richter prüfen, ob der Freispruch zu Recht ergangen ist. Kommt er zu dem Ergebnis, daß die erstrichterliche Entscheidung falsch ist und die dem rechtskräftigen Urteil zugrunde liegenden Akte mit den später entdeckten zusammen eine strafbare fortgesetzte Handlung bilden, dann ist ein neues Verfahren unzulässig, weil die Strafklage für den gesamten Umfang des Fortsetzungszusammenhangs verbraucht ist. Erfolgte der Freispruch in dem früheren Prozeß zu Recht, steht die Rechtskraft des Ersturteils einer neuen Entscheidung nicht entgegen.¹⁾

Auch dieses Ergebnis ist unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit nicht befriedigend, insbesondere deshalb, weil der Täter, der zu Unrecht freigesprochen wurde, durch die falsche Entscheidung vor einer weiteren Strafverfolgung geschützt wird. Es ist deshalb scharf angegriffen²⁾ und der Argumentation des Reichsgerichts der Vorzug gegeben worden³⁾, obwohl man doch zugeben muß, daß die Begründung der Rechtsprechung kaum haltbar ist, sich nur am Er-

1) Ebenso Bockshammer, S. 58 ff.; Doerr, S. 216 Anm. 5; Heinrich, S. 46 f.

2) So meint Litzenberg, S. 61, es erübrige sich, solche "dem Gedanken an eine materielle Gerechtigkeit u. U. geradezu hohnsprechenden Ergebnisse" näher zu diskutieren. Vgl. weiter Geerds, S. 418; Preiser, ZStW 58, S. 768; Stoll, S. 80

3) Z. B. Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 10 B 3 c R bb (S. 96 f.)

gebnis orientiert und allein daraus rechtfertigen läßt. Nach der hier vertretenen Meinung ist der umfassende Strafklageverbrauch im Falle des fälschlichen Freispruchs eine notwendige Konsequenz des Satzes, daß die fortgesetzte Handlung stets auch eine Tat ist. Es erscheint nicht vertretbar, diesen Grundsatz ohne eine durchschlagende Begründung da aufzugeben, wo die Resultate dem Gedanken der Gerechtigkeit zuwiderlaufen und deshalb unerwünscht sind.¹⁾ Ein derartiges Vorgehen berücksichtigt nicht, daß die Rechtskraft in vielen Fällen der Verwirklichung der Gerechtigkeit entgegensteht und der gewählte Ausgangspunkt im Einzelfall mit gefühlsmäßigen Erwägungen nicht verlassen werden kann; denn es ist das eigentliche Wesen der Rechtskraft, "das Gefühlsmäßige totzuschlagen."²⁾

Außerdem dürfte die Auffassung der Rechtsprechung mit Art. 103 Abs. III GG nicht in Einklang zu bringen sein. Wenn die fortgesetzte Handlung als eine Tat begriffen wird und ein Teil von ihr Gegenstand einer rechtskräftigen Entscheidung war, dann ist die Strafklage für die gesamte Tat verbraucht, gleichgültig, ob der Täter im ersten Urteil freigesprochen oder verurteilt wurde.

III. Der Strafklageverbrauch für Straftaten, die mit einem fortgesetzten Delikt in Idealkonkurrenz stehen

1. Die materiell-rechtliche Ausgangssituation

Im Bereich des Strafklageverbrauchs bei Fortsetzungszusammenhang ist weiter problematisch die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn mit Einzelakten des abgeurteilten fortgesetzten Delikts andere Tatbestandsverwirklichungen des Täters in Idealkonkurrenz stehen. Keine Schwierigkeiten bereiten dabei die Fälle, in denen mit mehreren Ein-

1) Insoweit ist den überzeugenden Ausführungen von Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 10 B 3 c A (S. 88 ff.) in vollem Umfang zuzustimmen.

2) Beling, JW 1931, S. 218

zelakten m i n d e r s c h w e r e Straftaten ideell konkurrieren, etwa wenn der Täter eines fortgesetzten Diebstahls gem. § 242 StGB durch einzelne Wegnahmehandlungen eine Sachbeschädigung nach § 303 StGB begeht, wobei die Beschädigungen untereinander nicht durch einen Fortsetzungszusammenhang verbunden sind. Hier ist stets eine Handlung gegeben, weil die an sich selbständigen Delikte durch die Klammerwirkung der fortgesetzten Straftat zu einer Handlung verbunden werden.¹⁾ Auf diese Weise ist es auch möglich, daß zwei Fortsetzungszusammenhänge eine Handlung bilden, wenn nämlich ein Einzelakt des einen und ein Einzelakt des andern jeweils mit einer dritten Straftat zusammentreffen; diese dritte Straftat, die die Verbindung zwischen den zwei Fortsetzungszusammenhängen vermittelt, kann wiederum eine fortgesetzte Handlung sein.²⁾

Nach dem Grundsatz, daß eine Handlung immer auch eine prozessuale Tat sein muß, ist hier für sämtliche Verhaltensweisen Tatidentität zu bejahen. Die rechtskräftige Verurteilung wegen einzelner Akte des fortgesetzten Delikts verbraucht die Strafklage für alle Teilhandlungen und damit auch für die Tatbestandsverwirklichungen, die mit Einzelakten in Handlungseinheit stehen, ohne Rücksicht darauf, ob sie im Verfahren bekannt waren oder nicht.

Die materiell-rechtliche Beurteilung ist jedoch dann eine andere, wenn die mit verschiedenen Einzelakten zusammen treffenden Straftaten nicht minder schwere sind oder doch annähernde Wertgleichheit aufweisen, sondern wenn es sich um schwerere Delikte handelt. Würde man hier an der Klammerwirkung der fortgesetzten Handlung festhalten, dann

-
- 1) Statt aller Schönke-Schröder, § 73 RdNr. 11 ff.; ablehnend Schmitt, ZStW 75, S. 48
 - 2) Dazu BGHSt 18, 26 ff., wo die Frage behandelt wird, ob zwei fortgesetzte Sittlichkeitsverbrechen dadurch zu einer Handlung verbunden werden, daß jede mit einer fortgesetzten Freiheitsberaubung ideell konkurriert. (Freilich ist die Qualifikation der Freiheitsberaubung als fortgesetzte Handlung bei dem dort gegebenen Sachverhalt äußerst zweifelhaft.)

würden die an sich realkonkurrierenden schwereren Delikte zu einer Tateinheit zusammengeschlossen werden. Die Unterordnung mehrerer Fälle einer schwerer strafbaren Handlung unter einen Fall einer minder schweren Straftat würde "eine Umkehrung der sozial-ethischen Bewertung menschlichen Verhaltens bedeuten" und mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit nicht in Einklang stehen.¹⁾ Deshalb wird durchweg die Auffassung vertreten, daß das Prinzip der Verklammerung dann keine Geltung haben könne, wenn die selbständigen Handlungen gegenüber der dritten einen höheren Unwert verkörpern.²⁾ Das gleiche muß bei der fortgesetzten Handlung gelten.³⁾ Konkurrieren mehrere selbständige strafbare Handlungen ideell jeweils mit einem Einzelakt eines minder schweren Fortsetzungszusammenhangs, so werden sie dadurch nicht zu einer Handlung zusammengefaßt; sie stehen untereinander in Realkonkurrenz. Ebenso können zwei fortgesetzte Delikte nicht deshalb zu einer Einheit verbunden werden, weil je ein Einzelakt von ihnen mit einer dritten (möglicherweise fortgesetzten) Handlung in Idealkonkurrenz steht, wenn diese dritte von geringerem Unrechtsgehalt ist als die beiden übrigen.⁴⁾

2. Der Strafklageverbrauch bei minder schwerer fortgesetzter Handlung

Die Frage ist nunmehr, ob sich aus dieser materiell-rechtlichen Qualifikation Konsequenzen für den Umfang der Rechtskraftwirkung ergeben, ob - mit anderen Worten - durch die Ablehnung der Idealkonkurrenz zwischen den

1) BGHSt 1, 67 (70); 18, 26 (29).

2) BGH, NJW 1953, S. 631; NJW 1952, S. 795. Baumann, S. 601; Hellmer, NJW 1963, S. 116; Maurach, AT S. 646 f.; Schönke-Schröder, § 73 RdNr. 13; Welzel, S. 211

3) Aus der Rechtsprechung: RGSt 44, 223 (226 ff.), RG, HRR 1939 Nr. 535; BGHSt 1, 67 (68 ff.); 3, 165 (166 ff.); 6, 92 (96 f.); 18, 26 (28 f.); vgl. auch BGH, NJW 1963, S. 57. Eingehend Reinicke, NJW 1953, S. 1004 ff.

4) Vgl. BGHSt 18, 26 ff.

schwerer strafbaren Delikten die Reichweite des Strafklageverbrauchs beschränkt wird und eine Verurteilung wegen der nicht berücksichtigten realkonkurrierenden Straftaten möglich ist.

Der Bundesgerichtshof hat sich mit diesem Problem in zwei Entscheidungen befaßt und ist zu unterschiedlichen Ergebnissen gekommen.¹⁾

In BGHSt 3, 165 ff. lag folgender, hier vereinfacht wiedergegebener Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte war wegen eines fortgesetzten Vergehens gegen §§ 1, 16 Nr. 1 UnedMG verurteilt worden, weil er längere Zeit ohne behördliche Erlaubnis gewerbsmäßig unedle Metalle erworben hatte. Nach Rechtskraft dieses Urteils wurde ihm in einem späteren Verfahren zur Last gelegt, sich einer Hehlerei (§ 259 StGB) in Tateinheit mit einem fortgesetzten Vergehen gegen §§ 1, 16 Nr. 1 UnedMG schuldig gemacht zu haben. Das Landgericht stellte fest, daß es sich bei der rechtskräftig abgeurteilten und der jetzt zur Entscheidung stehenden Fortsetzungstat um dasselbe fortgesetzte Delikt handelte und bejahte deshalb Strafklageverbrauch sowohl für die Einzelakte des Vergehens gegen §§ 1, 16 Nr. 1 UnedMG wie für die Hehlereifälle. Der 1. Ferienstrafsenat des Bundesgerichtshofs trat diesem Ergebnis nicht bei. Er ist der Meinung, daß die Hehlerei mit der minder schweren fortgesetzten Handlung nicht in Tateinheit stehen könne²⁾, und sagt dann lapidar, aus der sachlich-rechtlichen Beurteilung des Falles ergebe sich, daß die Strafklage nicht verbraucht sei, da das fortgesetzte Delikt, das Gegenstand der früheren Aburteilung war, die Hehlerei nicht umfasse.

In BGHSt 6, 92 ff. kommt der Bundesgerichtshof unter ausdrücklicher Ablehnung dieser Entscheidung zu einem anderen

1) BGHSt 3, 165 ff. und BGHSt 6, 92 ff.; dagegen gehört die Entscheidung BGH, NJW 1953, S. 553, die mitunter in diesem Zusammenhang zitiert wird (z. B. Dietr. Mann, S. 29) nicht in diesen Kontext, weil eine fortgesetzte Handlung dort vom Bundesgerichtshof nicht angenommen wurde.

2) Das wird freilich nicht recht klar.

Resultat. Wiederum liegt im wesentlichen der gleiche Sachverhalt zugrunde wie in BGHSt 3, 165 ff., nämlich rechtskräftige Verurteilung wegen eines fortgesetzten Vergehens gegen §§ 1, 16 Nr. 1 UnedMG und spätere Anklage wegen mehrerer Hehlereifälle, wobei die Hehlerei jeweils durch denselben Tätigkeitsakt wie eine Teilhandlung des fortgesetzten Delikts verübt wurde. Der 3. Strafsenat billigt die materiell-rechtliche Auffassung, daß die verschiedenen Hehlereifälle durch das fortgesetzte Vergehen gegen §§ 1, 16 Nr. 1 UnedMG nicht zu einer Handlung verbunden werden könnten; vielmehr stünden diese unter sich in Realkonkurrenz. Jedoch folge - so wird weiter argumentiert - aus der materiell-rechtlichen Beurteilung nicht, daß verfahrensrechtlich eine neue Entscheidung über die nicht berücksichtigten realkonkurrierenden Hehlereifälle möglich sei. Denn dadurch, daß mit verschiedenen, den minder schweren Tatbestand erfüllenden Teilhandlungen schwerere Delikte zusammenfielen, werde die Einheit der leichter strafbaren fortgesetzten Straftat nicht aufgehoben. Deshalb sei zwischen der Fortsetzungstat und jedem einzelnen schweren Delikt Handlungseinheit gegeben. Es gehe in derartigen Fällen nur um die Frage, ob mehrere an sich selbständige Verwirklichungen eines schwereren Tatbestandes durch ihr Zusammentreffen mit einem Einzelakt des leichteren fortgesetzten Verbrechens auch u n t e r e i n a n d e r zu einer Handlung zusammengeschlossen werden könnten. Das sei aus sachlich-rechtlichen Gründen zu verneinen. Materiell-rechtlich sei es deshalb möglich, daß eine Reihe von Einzelhandlungen unter dem einen rechtlichen Gesichtspunkt e i n e strafbare Handlung, unter dem anderen eine M e h r - h e i t selbständiger strafbarer Handlungen bilden könne. Verfahrensrechtlich sei zu prüfen, "ob ein und dieselbe Handlung, nachdem sie unter einem rechtlichen Gesichtspunkt rechtskräftig abgeurteilt ist, unter einem darauf zutreffenden weiteren rechtlichen Gesichtspunkt eines schwereren Verbrechens nochmals zum Gegenstand einer strafrechtlichen Aburteilung gemacht werden kann". Dies

müsse nach dem Grundsatz, daß niemand wegen derselben Tat mehrmals bestraft werden dürfe und die Tat den geschichtlichen Vorgang erfasse, den das Gericht abzuurteilen rechtlich in der Lage gewesen sei, verneint werden.¹⁾

Daß der Bundesgerichtshof sich in den zitierten Entscheidungen mit der materiell-rechtlichen Lage auseinandersetzt, hat seinen guten Grund. Wie bereits ausgeführt, wird im Bereich des Fortsetzungszusammenhangs - entgegen der grundsätzlichen Feststellung, daß der Tatbegriff von dem der Handlung unabhängig sei²⁾ - die prozessuale Tateinheit bezüglich aller in den Zusammenhang fallenden Einzelakte erst durch die materiell-rechtliche Kontraktion der Teilstücke zu einer Handlung hergestellt. Deshalb kommt es auch hier auf die sachlich-rechtliche Beurteilung an.³⁾

Wird in mehreren Fällen durch denselben Tätigkeitsakt, der eine Teilhandlung des fortgesetzten Delikts darstellt, zugleich der Tatbestand eines schwereren Delikts erfüllt, so steht fest, daß die schwereren Tatbestandsverwirklichungen untereinander real konkurrieren. Was ihr Verhältnis zur fortgesetzten Handlung betrifft, so sind sachlich-rechtlich zwei Lösungen denkbar. Entweder man nimmt auch insoweit Realkonkurrenz an, wobei das aber nur in der Weise möglich wäre, daß man die Einzelstücke der fortgesetzten Straftat, die durch dieselbe natürliche Handlung wie die gravierenderen Delikte verwirklicht sind, aus dem Zusammenhang herauslöst und auch zwischen ihnen und den übrigen Teilhandlungen Realkonkurrenz bejaht;⁴⁾

1) Dieser Entscheidung haben sich angeschlossen: Müller-Sax (KMR), Einl. 14 B I f (2); Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 10 B 3 c bb (S. 96); im Erg. ebenso bereits früher Reinicke, NJW 1953, S. 1004 ff.; Stankiewicz, S. 50 f. Anders Coenders, JW 1925, S. 1003 f.; Geerds, S. 419 Fußn. 1015; Litzenberg, S. 44 ff. Vgl. weiter Bindokat, NJW 1954, S. 1578; Neumann, S. 33 ff.

2) Vgl. oben S. 36 Fußn. 1

3) And. Reinicke, NJW 1953, S. 1005

4) Diese Auffassung liegt offenbar BGHSt 3, 165 ff. (besonders 168 unten) zugrunde; allerdings wird das nicht deutlich ausgesprochen.

anders ließe sich Realkonkurrenz nicht begründen. Oder aber man hält Idealkonkurrenz zwischen dem fortgesetzten Delikt und jeder einzelnen schwereren Straftat für gegeben, weil diese durch dieselbe natürliche Handlung wie die jeweils in Betracht kommende Teilhandlung verübt sind und die Einzelakte Bestandteile des einheitlichen Fortsetzungszusammenhangs sind.¹⁾

Richtig ist allein die zweite Lösung. Das wird sofort klar, wenn man sich den Ausgangspunkt der Fragestellung vergegenwärtigt. Es geht hier doch nur darum, ob an sich selbständige Straftaten durch ihr Zusammentreffen mit einem dritten Delikt u n t e r e i n a n d e r zu einer Handlung verklammert werden können. Die Frage, ob die nach allgemeinen Konkurrenzregeln gegebene Idealkonkurrenz zwischen dem einzelnen schwereren Delikt und der fortgesetzten Handlung aufzulösen sei, steht dagegen überhaupt nicht zur Debatte. Denn Klammerwirkung bedeutet nicht, daß die Idealkonkurrenz zwischen zwei durch denselben Tätigkeitsakt verwirklichten Tatbeständen aufgespalten wird, sondern daß die - bei Außerachtlassung des "Klammerdelikts" - durch selbständige Handlungen verübten Straftaten wegen immer Beziehung zu einer dritten umfassenden Handlung möglicherweise zur Tateinheit verbunden werden. Zur Realkonkurrenz könnte man nur dadurch kommen, daß man den Einzelakt, mit dem das schwerere Delikt ideell konkurriert, aus dem Fortsetzungszusammenhang ausscheidet und diese Teilhandlung mit den übrigen Akten real konkurrieren läßt. Wie das geschehen soll, ist jedoch nicht zu erklären. Daß der Fortsetzungszusammenhang aufgelöst werden könnte, weil durch einzelne seiner Bestandteile gleichzeitig ein anderes Delikt verwirklicht ist, wird in Literatur und Rechtsprechung - abgesehen von der recht unklaren Entscheidung BGHSt 3, 165 ff. - auch nirgends angenommen. Es geht immer nur um die Frage, ob es möglich ist, "daß eine Kette von

1) So BGHSt 6, 92 (97); auch BGHSt 18, 26 (29) geht ganz klar davon aus.

Tätigkeitsakten aus dem Gesichtspunkt eines Tatbestandes die Erfordernisse der fortgesetzten Straftat in sich vereinigt, während aus dem Gesichtspunkt eines anderen Tatbestandes ihre Zusammenfassung zur gleichartigen Handlungs einheit unzulässig ist".¹⁾ Diese Fragestellung bezweifelt aber nicht die Einheit aller den minder schweren Straftatbestand erfüllenden Einzelhandlungen, sondern setzt sie im Gegenteil gerade voraus.²⁾

Daß die Einheit des leichteren Delikts durch tateinheitliches Zusammentreffen mit mehreren, unter sich real konkurrierenden schwereren Gesetzesverletzungen nicht in mehrere Teile aufgespalten werden kann, wird dann offensichtlich, wenn man als minder schwere Straftat nicht ein fortgesetztes Verbrechen, sondern eine natürliche Handlungseinheit fungieren läßt.³⁾ Wenn etwa bei einem Raub vier Menschen getötet werden, wobei jeder Totschlag mit dem Raub ideell konkurriert, so kann natürlich das einheitliche Verbrechen des Raubes nicht deshalb in vier real konkurrierende Teile zerlegt werden, weil die Tötungsdelikte unter sich in Realkonkurrenz stehen. Ebenso wenig wie bei der natürlichen Handlungseinheit taucht eine derartige Erwägung bei einer Dauerstraftat auf⁴⁾, weil hier ebenfalls eine Aufspaltung vernünftigerweise nicht denkbar ist. Dasselbe muß für die fortgesetzte Handlung gelten; auch sie stellt trotz der bei natürlicher Betrachtung möglichen Unterscheidbarkeit der einzelnen Teilhandlungen die Verwirklichung eines Tatbestands durch eine Handlung dar.⁵⁾ Das Ergebnis kann demnach nur sein, daß die schwereren Delikte zwar untereinander in Tatmehrheit stehen, jedes einzelne aber mit der fortgesetzten Handlung

1) RGSt 44, 223 (228); ebenso BGHSt 1, 67 (68)

2) BGHSt 6, 92 (97)

3) Auch hier tritt das Problem der Verklammerung auf; vgl. die Entscheidung BGH, NJW 1952, S. 631, der der folgende Sachverhalt entnommen ist.

4) Vgl. BGH, NJW 1952, S. 795

5) Z. B. Warda, JuS 1964, S. 85

ideell konkurriert.¹⁾

Damit steht die Entscheidung über die Reichweite des Strafklageverbrauchs fest. Da nach der zutreffenden Ansicht der Rechtsprechung und der ganz herrschenden Lehre der Umfang der Tat i. S. des § 264 StPO immer die Handlung i. S. des materiellen Rechts umfaßt, verbraucht die Verurteilung wegen eines fortgesetzten Delikts die Strafklage für sämtliche in den Zusammenhang fallenden Teilhandlungen und für die mit der fortgesetzten Handlung in Idealkonkurrenz stehenden untereinander real konkurrierenden Straftaten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob gerade die Einzelakte, die die Tateinheit zwischen dem fortgesetzten und dem gravierenderen Delikt begründen, dem rechtskräftigen Urteil tatsächlich zugrunde liegen oder nicht; denn für die Reichweite der Rechtskraftwirkung ist nicht entscheidend, inwieweit die Tat im Vorprozeß tatsächlich erfaßt wurde, sondern allein der rechtliche Umfang der Tat. Damit ist der Entscheidung BGHSt 6, 92 ff. zuzustimmen und eine Verurteilung wegen der nicht berücksichtigten schwereren Delikte in einem zweiten Verfahren nicht möglich.

IV. Teilakte der fortgesetzten Handlung werden nach dem Urteil begangen

Schwierigkeiten bereiten weiter die Fälle, in denen der Täter Teilakte eines fortgesetzten Delikts, das bereits Gegenstand einer Entscheidung war, nach dem Urteil verwirklicht. Zwei Sachgestaltungen sind dabei zu unterscheiden: Weder der Angeklagte noch die Staatsanwaltschaft fechten das Urteil an und dieses wird rechtskräftig (unten 1.). Das Urteil wird vom Angeklagten oder von der Staatsanwaltschaft angefochten, und der erstinstanzlich Verurteilte begeht in der Zeit bis zur endgültigen

1) So Reinicke, NJW 1953, S. 1005

Entscheidung über die Sache weitere, in den Fortsetzungszusammenhang gehörende Teilhandlungen (unten 2.).

1. Das Urteil wird nicht angefochten

Hier stellt sich die Frage, ob die nach der Urteilsverkündung verübten Akte trotz der Rechtskraft des Ersturteils in einem späteren Verfahren verfolgt werden können. Da der Fortsetzungszusammenhang nach herrschender Meinung sowohl eine Handlung als auch eine prozessuale Tat darstellt, wurde vereinzelt - als Argument gegen die Einheit der Fortsetzungstat - die Auffassung vertreten, in diesem Fall sei eine Verurteilung wegen der nach dem Urteil begangenen Teilhandlungen nicht möglich; denn die Strafklage werde für die gesamte Tat verbraucht, und zwar auch dann, wenn diese teilweise erst nach Urteils-erlaß begangen werde.¹⁾ Daß eine derartige Lösung unannehmbar ist, bedarf keiner Diskussion. Es wäre in der Tat ein zwingendes Argument gegen die Einheitsbehandlung des Fortsetzungszusammenhangs, wenn sich als notwendige Konsequenz dieses Grundsatzes ergäbe, daß der Täter gleichsam unter den Augen der hilflos zusehenden Strafverfolgungsbehörden seinen Gesamtvorsatz erschöpfen könnte, ohne dafür irgendwie belangt werden zu können.

Man hat zunächst versucht, das Problem durch die Behauptung zu beseitigen, eine Bestrafung zerstöre notwendigerweise die Einheit des Tätervorsatzes, da der Täter infolge der Verurteilung gezwungen werde, einen neuen Vorsatz zu fassen, der sich nur in einer selbständigen Handlung objektivieren könne.²⁾ Diese Annahme erwies sich jedoch als irrig, weil durch eine Verurteilung nicht jeder Täter

1) Buchholz, Strafr. Abh. Heft 413, S. 56 ff.; Kriesten, S. 61 ff.; Litzenberg, S. 49 f.; Preiser, ZStW 58, S. 768 ff. Vgl. auch Geerds, S. 418 f.

2) RG Rspr. 3, 739 (740 f.); RGSt 20, 316 (317 f.); Doerr, S. 102 f. mit weiteren Nachweisen in Fußn. 2; vgl. auch Buchholz, StrafrAbh. Heft 413, S. 59; Nowakowski, S. 47 f.; Nickel, S. 72 f., wird dagegen der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht gerecht, weil er auf den Wandel in der Begründung nicht eingeht.

in seiner Motivation derart beeinflusst wird, daß sein weiteres strafbares Verhalten auf einem neuen Willensentschluß beruht. Er kann von Anfang an beschlossen haben, seinen Gesamtvorsatz unter allen Umständen bis zu Ende zu verwirklichen, oder so "abgebrüht" sein, "daß er unbekümmert um die Verurteilung bei seinem ursprünglichen Vorsatz beharrt und ihn weiterhin in strafbarer Weise betätigt."¹⁾ Die Rechtsprechung hat - in der Erkenntnis, daß der Gesamtvorsatz das Urteil überdauern kann - den Versuch, auf diesem Weg zu einem Ergebnis zu kommen, deshalb auch bald aufgegeben.²⁾

Damit entfiel die bisherige Begründung für die Teilung der fortgesetzten Handlung durch das Urteil; denn nun war klargestellt, daß die nach der Urteilsverkündung verwirklichten Akte derselben Fortsetzungstat angehörten, die bereits den Gegenstand des abgeschlossenen Verfahrens gebildet hatte, sofern man die allgemeinen materiell-rechtlichen Kriterien zugrunde legte.

Wollte man das Ergebnis vermeiden, daß der nach der Entscheidung liegende Teil des Täterverhaltens straflos blieb, so bot sich - von dieser sachlich-rechtlichen Basis aus - nur die Möglichkeit, eine nochmalige Strafverfolgung der bereits teilweise abgeurteilten Handlung zuzulassen.

Die Rechtsprechung hat jedoch diese Konsequenz nicht gezogen; sondern sie hielt weiterhin daran fest, daß die nach einem rechtskräftigen Urteil verübten Teilstücke einer Fortsetzungstat als selbständige Handlung zu begreifen seien. Wie der Bundesgerichtshof im Anschluß an das Reichsgericht ausführt, müßten die nachträglich begangenen Tatbestandsverwirklichungen trotz ihres Zusammenhangs mit dem abgeurteilten Teil als neue selbständige Handlung und prozessuale Tat aufgefaßt werden

1) BGHSt 9, 324 (326)

2) Der Umschwung bahnt sich an in RGSt 42, 372 (374); im folgenden RGSt 49, 353 f.; 51, 253 (254); 53, 42 (44); 66, 45 (48). Dazu Gelbert, DJ 1936, S. 1335

und könnten - ohne Rücksicht auf die erste Verurteilung - in einem zweiten Verfahren abgeurteilt werden; nur so könne verhindert werden, daß der Täter einen Freibrief für weiteres strafbares Verhalten bekomme.¹⁾

Zwei Fragen drängen sich gegenüber diesem Vorgehen auf:

(1) Die Aufspaltung der prozessualen Tateinheit, die rein formal betrachtet dazu führt, daß in dem zweiten Prozeß über eine neue Tat entschieden wird, kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß an sich dieselbe Tat nochmals geahndet wird. Wie ist das mit dem in Art. 103 Abs. III GG verbrieften Grundsatz ne bis in idem in Einklang zu bringen? Ist die Zerlegung der Handlungseinheit schon deshalb unzulässig, weil sie den Umfang des Strafklageverbrauchs beschränkt und deshalb dem Verbot der Doppelbestrafung zuwiderläuft?

(2) Wenn ein Verstoß gegen das Verbot des bis in idem nicht feststellbar sein sollte, dann ist weiter zu klären, ob die Teilung der fortgesetzten Handlung begründbar ist.

Da bei alleiniger Zugrundelegung materiell-rechtlicher Kriterien die Einheit der gesamten Verhaltensweise nicht zu bestreiten ist, kann die Aufspaltung der Fortsetzungstat nur dadurch erreicht werden, daß man dem prozessualen Geschehen einen Einfluß auf den sachlich-rechtlichen Begriff des fortgesetzten Delikts einräumt. Welcher prozessuale Akt ist es, der eine derartige Wirkung zu äußern vermag? Kann überhaupt ein verfahrensrechtliches Ereignis die Kraft haben, einen materiell-rechtlichen Begriff zu alterieren?

1) BGHSt 9, 324 (326); RGSt 66, 45 (47 f.) und die in Fußn. 2 auf S. 119 zitierten Entscheidungen. Im Ergebnis ebenso Geier in Löwe-Rosenberg, § 264 Anm. 3 e; Müller-Sax (KMR), Einl. 14 B I f (2); Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Vorb. §§ 151 ff. Anm. 23 e; Nowakowski, S. 47 ff.; Schäfer in Löwe-Rosenberg, Kap. 10 B 3 c B a bb (S. 96); Eb. Schmidt, Lehrk. I 33 Nr. 306

Zu (1) Die erste Frage, ob es nämlich im Hinblick auf die Rechtskraft unzulässig ist, diejenigen Stücke einer bereits teilweise abgeurteilten Handlung, die nach der Entscheidung verwirklicht werden, in einem zweiten Verfahren zu verfolgen, wird vom Bundesgerichtshof so beantwortet: Der Grundsatz der Einmaligkeit der Strafverfolgung finde seine Grenze notwendig darin, daß sich jede Verurteilung nur auf ein in der Vergangenheit liegendes Geschehen beziehen könne. Mache man deshalb solche Verhaltensweisen zum Gegenstand eines neuen Verfahrens, die erst nach dem rechtskräftigen Urteil begangen werden, so liege darin kein Verstoß gegen das Verbot des bis in idem.¹⁾

Dieser Feststellung ist zuzustimmen, da sie mit der Lehre vom Strafklageverbrauch in Einklang steht. Der Satz, daß die materielle Rechtskraft eine mehrmalige Verfolgung derselben prozessualen Tat verbietet, bildet zwar die Regel, gilt aber nicht ausnahmslos. Die Strafklage wird nur für solche strafbaren Vorgänge verbraucht, die in dem abgeschlossenen Verfahren behandelt werden konnten und mußten²⁾, wobei dieser Komplex nicht notwendig identisch ist mit dem Umfang der in der Anklage genannten Tat, sondern auch nur einen Ausschnitt aus einer Tat darstellen kann. Das wird allgemein anerkannt für die Sachgestaltung, daß das Gericht bei seiner Entscheidung rechtlich gehindert war, das (vor der Aburteilung liegende) Täterverhalten unter einem bestimmten Aspekt zu erfassen; hier darf über die Tat, die bereits Gegenstand des Erstprozesses war, unter dem neuen, im ersten Verfahren unberücksichtigt gebliebenen rechtlichen Gesichtspunkt in einem späteren Prozeß nochmals entschieden werden, falls das Hindernis nachträglich wegfällt.³⁾ Ebenso wie in diesem Fall ist dem

1) BGHSt 9, 324 (326); s. auch BGHSt 6, 122 (124 f.)

2) Etwa Müller-Sax (KMR), Einl. 14 B I d; Schwarz-Kleinknecht, Einl. 8 B e

3) RGSt 32, 57 (58); 49, 272 (274); 56, 161 (166); BGH NJW 1953, S. 393; BGHSt 15, 259 f.; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Vorb. §§ 151 ff. Anm. 23 b; Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 314; Schwarz-Kleinknecht, Einl. 8 B e

Gericht die Aburteilung eines strafbaren Tuns unmöglich, wenn dieses erst nach der Entscheidung verwirklicht wird. Da die Aburteilungsmöglichkeit des entscheidenden Gerichts die Grenze der Sperrwirkung bildet, wird die Strafklage für diesen Teil des Täterverhaltens nicht verbraucht.¹⁾

Daraus rechtfertigt sich der Satz, daß das Verbot des bis in idem sich nur auf ein in der Vergangenheit liegendes Geschehen bezieht, nicht aber die Verfolgung solcher Tätigkeitsakte unzulässig macht, die zwar der abgeurteilten prozessualen Tat zugehören, aber erst nach dem Urteil über diese begangen werden.²⁾

Wenn von den Kritikern der Rechtsprechung eingewendet wird, die Aufspaltung der fortgesetzten Handlung und damit die der prozessualen Tat durch ein rechtskräftiges Urteil verbiete sich schon deshalb, weil darin eine Umgehung des Verbotes des bis in idem liege³⁾, so erweist sich das als unrichtig; denn die Behauptung, erst die Zerlegung der materiell-rechtlichen Handlungs- und der prozessualen Tateinheit ermögliche ein zweites Verfahren, während ein solches unzulässig wäre, würde man an der Einheit des fortgesetzten Delikts festhalten, trifft nicht zu. Dieser Vorwurf wäre nur dann stichhaltig, wenn die Zulässigkeit einer weiteren Strafverfolgung mit dem rein formalen Argument begründet würde, durch die Teilung der fortgesetzten Handlung sei gewährleistet, daß im zweiten Verfahren eine neue Tat verhandelt werde und daß sich d e s h a l b der Strafklageverbrauch nicht auf den nachfolgenden Teil des Täterverhaltens beziehe. Da jedoch der Grundsatz ne bis in idem - wie oben dargelegt - auch dann ein neuerliches Verfahren nicht verböte, wenn man an der materiell-rechtlichen und prozessualen Einheit der Fortsetzungstat festhielte, kann die Konstruktion der Rechtsprechung mit diesem Einwand nicht zu Fall gebracht werden. Dem Bundesgerichtshof ist da-

1) So auch Busch, ZStW 68, S. 10 f.

2) Dazu RGSt 66, 45 (47 f.); BGHSt 9, 324 (326)

3) Kriesten, S. 63; ähnlich Preiser, ZStW 58, S. 769

her insoweit zuzustimmen, als er ausführt, die Rechtskraft des Ersturteils hindere eine Verfolgung der späteren Akte nicht.

Zu (2) Die Feststellung, daß eine Strafverfolgung der nach dem rechtskräftigen Urteil verübten Einzelakte zulässig ist, sagt jedoch nichts darüber aus, ob es richtig ist, den späteren Handlungsteil als selbständige Handlung zu werten. Dies würde voraussetzen, daß man einen Grund anzugeben vermag, der die Teilung der Fortsetzungstat bewirken könnte. Da das gesamte Täterverhalten, beurteilt man es allein unter materiell-rechtlichen Kriterien, ein einheitliches fortgesetztes Delikt darstellt, muß es ein prozessuales Ereignis sein, dem die Kraft zugesprochen wird, den Fortsetzungszusammenhang aufzuspalten.

Als derartiges Ereignis kommt in erster Linie die Urteilsverkündung in Betracht.¹⁾ Denn in diesem Zeitpunkt muß notwendigerweise die Zaesur angesetzt werden; würde man einen späteren Fixpunkt - etwa den des Eintritts der Rechtskraft - wählen, so bliebe ein Zwischenraum (von der Urteilsverkündung bis zum Eintritt der Rechtskraft), in dem der Täter sein strafbares Tun sanktionslos weiterverwirklichen könnte.

Der Bundesgerichtshof tritt dem im Prinzip bei, wenn er ausführt, daß die Handlungseinheit ihre Grenze mit der Verkündung der endgültigen Entscheidung zur Schuldfrage finde. Jedoch soll die Unterbrechung des Fortsetzungszusammenhangs ihren eigentlichen Grund in der sachlichen Rechtskraftwirkung haben, die jener Entscheidung zukommt; denn nur die sachliche Rechtskraft könne eine derartige Wirkung äußern.²⁾

Dieser Gedankengang, bei dem zwar die Rechtskraft des Urteils zum entscheidenden Teilungsfaktor erhoben, dennoch aber die Urteilsverkündung als maßgeblicher Zeit-

1) So etwa Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 306

2) BGHSt 9, 324 (326 ff.)

punkt angesehen wird, ist nur schwer verständlich.¹⁾ Denn man muß sich fragen, wieso eigentlich der Zeitpunkt der Urteilsverkündung und nicht der des Eintritts der Rechtskraft die Grenze setzt, wenn die sachliche Rechtskraft das für die Aufspaltung der Handlungseinheit ursächliche Ereignis sein soll. Sicherlich ist richtig, daß die sachliche Rechtskraft, also die Maßgeblichkeit des Inhalts der Entscheidung, von dem unanfechtbaren Urteil ausgeht. Ob der Inhalt eines Urteils aber in diesem Sinne maßgeblich wird, entscheidet sich immer erst, wenn es formelle Rechtskraft erlangt. Warum wird also die Handlungseinheit nicht erst in diesem Augenblick, sondern bereits mit der Verkündung der Entscheidung gespalten? Eine schlüssige Beantwortung dieser Frage findet sich in der Rechtsprechung nicht.

Aber auch wenn man diese Bedenken zurückstellen und die These des Bundesgerichtshofs einmal akzeptieren wollte, so käme man doch erneut in Schwierigkeiten. Um eine lückenlose strafrechtliche Ahndung des Täterverhaltens zu gewährleisten, ist es notwendig, das gesamte vor der rechtskräftigen Entscheidung liegende strafbare Tun in ihr zu erfassen, da ja nur die Tatbestandsverwirklichungen einer neuen Strafverfolgung zugänglich sein sollen, die nach diesem Zeitpunkt begangen werden. Wird das erste Urteil angefochten, so müssen deshalb sämtliche strafbaren Akte, die während des Rechtsmittelverfahrens vom Angeklagten bis zur rechtskräftigen Entscheidung verwirklicht werden, in dem anhängigen Prozeß abgeurteilt werden. In der Rechtsprechung herrscht auch Einigkeit darüber, daß im Rechtsmittelverfahren neue, nach dem ersten Urteil begangene Handlungsteile einbezogen werden können.²⁾ Eine Einbeziehung bisher unberücksichtigter Akte ist aber allein durch eine tatrichterliche Entscheidung möglich, weil nur der Tatrichter den abzuurteilenden

1) Der Bundesgerichtshof (aaO) begründet seine Auffassung näher, indem er den Unterschied zwischen förmlicher und sachlicher Rechtskraft herausstellt. Kritisch dazu Peters, JZ 1957, S. 482 I. Sp. unten und S. 483 oben.

2) Siehe näher unten 2.

Sachverhalt im Rahmen der Tatidentität erweitern kann. Deshalb gilt der Grundsatz, daß immer der Abschnitt einer fortgesetzten Handlung zum Gegenstand einer neuerlichen Aburteilung gemacht werden kann, der zeitlich demjenigen Urteil folgt, "das in der durch Rechtsmittel hervorgerufenen Aufeinanderfolge als letztes gestaltungsfähig im Sinne des § 264 StPO ist."¹⁾ Mit diesem Satz, der allerdings auch vom Bundesgerichtshof als richtig anerkannt wird²⁾, ist jedoch die Behauptung nicht in Einklang zu bringen, daß die sachliche Rechtskraft die Trennungslinie markiere; denn das letzte gestaltungsfähige Urteil i. S. des § 264 Abs. I StPO muß nicht dasjenige sein, das schließlich in Rechtskraft erwächst, wie an einem Beispiel gezeigt werden soll:

Der Angeklagte ist in der Berufungsinstanz wegen eines aus drei Teilakten bestehenden schweren Rückfalldiebstahls verurteilt. Er legt dagegen Revision ein mit der Begründung, bei einem Einzelakt habe - wie sich aus den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsurteils ergebe - Notstand vorgelegen. Das Revisionsgericht hält diese Behauptung für richtig und hebt das Berufungsurteil auf. Entsprechend dem Antrag der Staatsanwaltschaft erachtet es die gesetzlich niedrigste Strafe, nämlich ein Jahr Gefängnis (§ 244 Abs. II StGB), für angemessen und entscheidet deshalb gemäß § 354 Abs. I StPO in der Sache selbst. Nun soll der Sachverhalt dahin ergänzt werden, daß während des Revisionsverfahrens weitere Teilakte bekannt werden, die der Angeklagte in Fortführung seines ursprünglichen Gesamtvorsatzes zwischen Berufungs- und Revisionsurteil begangen hat. Da das Revisionsgericht diese weiteren Tatbestandsverwirklichungen nicht selbst aburteilen kann, stellt sich die Frage, ob es wegen der zusätzlichen Akte die Sache an das Berufungsgericht zurückverweisen muß. Das ist jedoch nicht der Fall; denn die Aufgabe des Revisionsgerichts erschöpft sich in der Prüfung, ob und inwieweit das angefochtene Urteil auf

1) RGSt 66, 45 (49); bereits vorher RGSt 51, 253 (255)

2) BGHSt 9, 324 (327)

einer Gesetzesverletzung beruht.¹⁾ Was nach der Verkündung der letzten tatrichterlichen Entscheidung geschehen ist, kann aber logischerweise eine Gesetzesverletzung seitens des Tatrichters und damit eine Aufhebung des Urteils und die Zurückverweisung der Sache nicht begründen.²⁾ So kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Revisionsgericht dann, wenn es einen Rechtsfehler nicht festzustellen vermag und deshalb die Revision als unbegründet zurückweisen will, das Urteil nicht deshalb aufzuheben hat, weil noch vor der Entscheidung weitere Teilakte einer fortgesetzten Handlung bekannt werden, die der Angeklagte nach dem Berufungsurteil begangen hat. Diese Überlegung führt zu dem Ergebnis, daß in dem Beispielsfall das Revisionsgericht trotz der inzwischen neu hervorgetretenen Verhaltensweisen in der Sache selbst entscheiden muß, wenn die Voraussetzungen des § 354 Abs. I StPO gegeben sind. Das Urteil des Revisionsgerichts ist dann die endgültige Entscheidung zur Schuldfrage und von ihr geht die sachliche Rechtskraftwirkung aus. Wenn nun die Behauptung aufrechterhalten werden soll, daß dieses Urteil die Grenze für eine weitere Strafverfolgungsmöglichkeit setze, dann muß aber die andere These, das letzte gestaltungsfähige Urteil i. S. des § 264 Abs. I StPO bilde die Trennungslinie, aufgegeben werden. Die Auffassung des Bundesgerichtshofs, nach der diese beiden Grundsätze nebeneinander bestehen sollen, erweist sich in sich als widersprüchlich. Hält man, da man sich für einen der beiden Sätze entscheiden muß, daran fest, daß das in sachlicher Rechtskraft erwachsende Urteil die Unterbrechung des Fortsetzungszusammenhangs bewirkt³⁾, so können in dem obigen Beispielsfall nur die Tatbestands-

1) Eb. Schmidt, Lehrk. II § 327 RdNr. 1

2) Dazu Gelbert, DJ 1936, S. 1336

3) Und etwas anderes kann nicht der Ansicht des Bundesgerichtshofs entsprechen, wenn in BGHSt 9, 324 (327) von der "nur durch das rechtskräftige Urteil bewirkte(n) und gerade auf der sachlichen Rechtskraft beruhende(n) Unterbrechung des Fortsetzungszusammenhangs" gesprochen wird.

verwirklichungen in einem zweiten Verfahren geahndet werden, die nach der Revisionsentscheidung begangen sind; die Erfassung der strafbaren Akte, die zwischen der Verkündung des Berufungs- und des Revisionsurteils liegen, ist nicht möglich. Die Ansicht des Bundesgerichtshofs führt demnach dazu, daß bei bestimmten Fallgestaltungen eine Zeitspanne offenbleibt, in der der Angeklagte seinen Gesamtvorsatz straflos weiterverwirklichen kann. Da die Rechtsprechung dieses Ergebnis gerade vermeiden will¹⁾, kann die Behauptung, die Teilung der Handlungseinheit finde ihren Grund in der sachlichen Rechtskraft, nicht befriedigen.

Den bisher aufgezeigten Einwänden könnte man dadurch begegnen, daß man die Zäsur ausnahmslos mit der Verkündung der letzten tatrichterlichen Entscheidung eintreten ließe und in diesem Vorgang, ohne auf die sachliche Rechtskraft zu verweisen, die Ursache für die Aufspaltung der Fortsetzungstat sähe. Jedoch muß jeder Versuch, einem prozessualen Ereignis die Kraft materiell-rechtlicher Wirkungen zuzuschreiben, an grundsätzlichen Bedenken scheitern. Denn Voraussetzung hierfür ist, daß man zu erklären vermag, auf welche Weise ein verfahrensrechtlicher Akt die Wirkung haben kann, eine Handlungseinheit aufzuspalten und den an sich unselbständigen Teil eines Fortsetzungszusammenhangs zu einer selbständigen Handlung zu befördern. Eine derartige Erklärung läßt sich aber nicht finden. Mit Recht spricht Preiser davon, daß hier der Entscheidung eine "wunderbare rechtsgestaltende Wirkung" zuerkannt wird.²⁾ Da der Begriff der Handlung, wie Preiser zutreffend ausführt, von dem Urteil über die Handlung unstreitig völlig unabhängig ist und diese außerhalb des Strafverfahrens begangen wird, entfällt, wenn sich der Verurteilte in der Fortsetzung seiner

1) So heißt es in RGSt 66, 45 (48): "Dem Täter darf um der Wahrung der Rechtsordnung willen nicht gestattet werden, daß er die strafbare Handlung unter dem Schutz des verurteilenden Erkenntnisses straflos fortsetze."

2) Preiser, ZStW 58, S. 769; ebenso Buchholz, Strafr. Abh. 413, S. 59 f.; Geerds, S. 419; Kriesten, S. 63

strafbaren Tätigkeit durch das Urteil nicht beeinflussen läßt, die einzig denkbare Einwirkung des Urteils auf die Handlung. Es stellt eine "logische Unmöglichkeit" dar, den Begriff der Handlung von der Tatsache des Urteils irgendwie abhängig zu machen, gleichviel, "ob das Urteil mit der Berufung oder nur mit der Revision anfechtbar, ob es verkündet oder bereits rechtskräftig, ob der Angeklagte bei der Verkündung anwesend oder abwesend war."¹⁾

Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß die Rechtsprechung eine plausible Begründung für die Zerlegung der Handlungseinheit nicht zu geben vermochte. Wenn der Bundesgerichtshof ausführt: "Es leuchtet ein, daß eine solche strafbare Tätigkeit, die durch die Verurteilung überhaupt nicht erfaßt werden k o n n t e , nicht strafflos bleiben darf und daß deshalb das weitere strafbare Tun trotz des sachlichen Zusammenhangs mit der abgeurteilten Tat, mit der es zusammen an sich als e i n e Tat im Rechtssinne angesehen werden müßte, als neue selbständige Handlung zu würdigen ist",²⁾ so kommt damit zum Ausdruck, daß die Rechtsprechung nicht erklären kann, wie die Trennung bewirkt werden soll; denn allein der Hinweis auf die unerträglichen Folgen einer abweichenden Auffassung trägt die Lösung. Dennoch müßte man sich damit wohl begnügen, wenn das Festhalten an der nach sachlich-rechtlichen Regeln gegebenen Handlungseinheit wirklich dazu führen würde, daß der Täter von einem bestimmten Zeitpunkt ab seinen Gesamtvorsatz strafflos weiterverwirklichen könnte. Jedoch erscheint es auch ohne eine Aufspaltung des fortgesetzten Delikts möglich, die nach dem Urteil liegende strafbare Verhaltensweise zu erfassen und das gefürchtete Ergebnis zu vermeiden, daß der Angeklagte einen Freibrief für weiteres strafbares Tun bekommt.

Geht man entsprechend der materiell-rechtlichen Situation

1) Preiser, aaO

2) BGHSt 9, 324 (326)

davon aus, daß der Angeklagte mit den späteren Teilakten die ursprüngliche Fortsetzungstat weiterverwirklicht, so ist im zweiten Prozeß der Rest der Handlung abzuurteilen, die den Gegenstand des früheren Verfahrens bildete. Mit dem Verbot des bis in idem ist das - wie oben ausgeführt - vereinbar, weil die Strafklage nur für den Teil der Tat verbraucht wird, der im ersten Verfahren behandelt werden konnte. Schwierigkeiten ergeben sich allein daraus, daß aus sachlich-rechtlichen Gründen über eine Fortsetzungstat einheitlich entschieden werden muß; denn wenn man die fortgesetzte Handlung als eine Verbrechenseinheit, also als ein Delikt i. S. einer Gesetzesverletzung, begreift, dann darf für diese eine Gesetzesverletzung auch nur eine Strafe ausgesprochen werden.¹⁾ Das Problem ist deshalb, wie die materiell-rechtlich notwendige Einheitlichkeit der Entscheidung erreicht werden kann, obwohl ein Teil der Handlung bereits rechtskräftig abgeurteilt ist. Bei der Suche nach einer Lösung kann man sich auf zwei in Literatur und Rechtsprechung bekannte Parallelfälle stützen, in denen diese Fragestellung in ähnlicher Weise auftritt.

Der eine ist das Strafbefehlsverfahren. Infolge der - nach herrschender Meinung - beschränkten Rechtskraft des Strafbefehls ist es zulässig, wenn nach Erlaß des Strafbefehls bisher unbekannte Tatsachen oder Beweismittel hervortreten, die abgeurteilte Tat nochmals unter einem rechtlichen Gesichtspunkt zu verfolgen, der in dem Strafbefehl nicht berücksichtigt ist und eine

1) So Geerds, S. 422 Fußn. 1023. Einen positiv-rechtlichen Anhaltspunkt für die Richtigkeit dieser Ansicht bietet § 73 StGB: Kann im Fall der Idealkonkurrenz, also bei der Erfüllung mehrerer Strafgesetze durch eine Handlung, nur eine Strafe verhängt werden, so muß das erst recht gelten, wenn eine Handlung nur ein Gesetz verletzt. Anderer Ansicht ist jedoch Peters (Ib. S. 447), der dann, wenn über die bereits teilweise abgeurteilte Fortsetzungstat in einem neuen Verfahren entschieden wird, entsprechend §§ 74, 79 StGB, § 460 StPO eine Gesamtstrafe bilden will.

erhöhte Strafbarkeit begründet.¹⁾ Durch die einschränkende Interpretation des § 410 StPO wird der Grundsatz ne bis in idem außer Kraft gesetzt, so daß das Gericht ohne Rücksicht auf die im Strafbefehl getroffenen Feststellungen den historischen Sachverhalt nochmals aburteilen kann. Die Zulässigkeit einer neuerlichen Strafverfolgung besagt jedoch nichts darüber, "wie sich das Urteil mit der bereits vorliegenden Erledigung durch Strafbefehl abzufinden vermag"²⁾; denn der Satz, daß unter bestimmten Umständen ein Verbrauch der Strafklage durch den Strafbefehl nicht eintritt, beinhaltet nicht die weitere Aussage, daß der formell rechtskräftige Strafbefehl mit der Einleitung eines neuen Strafverfahrens gegenstandslos wird.³⁾ Das Reichsgericht hat in RGSt 50, 237 (239 ff.) diese Problemstellung klar erkannt und ist zu dem Ergebnis gelangt, die Aufhebung des Strafbefehls werde durch die ihm zukommende formelle Rechtskraft untersagt; der Schuldspruch sei deshalb aus den beiden richterlichen Erkenntnissen, dem Strafbefehl und dem Urteil, zu entnehmen, wobei einer solchen gegenseitigen Ergänzung der beiden Entscheidungen nichts im Wege stehe.⁴⁾ Ein

1) Für die herrschende Auffassung vgl. BVerfG 3, 248 ff.; Eb. Schmidt, Lehrk. I RdNr. 323 ff.; Schwarz-Kleinknecht, § 410 Anm. 2 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen.

2) RGSt 50, 237 (240)

3) Daß der Strafbefehl durch das neue Verfahren nicht hinfällig wird, zeigt sich dann, wenn in der Hauptverhandlung der neue rechtliche, die Strafbarkeit erhöhende Umstand nicht nachweisbar ist; in diesem Fall ist mit Rücksicht auf die Rechtskraft des Strafbefehls das Verfahren durch Urteil einzustellen. So Müller-Sax (KMR), § 410 Anm. 3 a; Schäfer in Löwe-Rosenberg, § 410 Anm. 5 b; Eb. Schmidt, Lehrk. II § 410 RdNr. 14, Schorn, S. 111; Schwarz-Kleinknecht, § 410 Anm. 3.

4) Schwierigkeiten ergeben sich nach der Ansicht des Reichsgerichts (RGSt 50, 237, 240) erst im Strafausspruch, weil gemäß § 73 StGB die Strafe nur aus dem - im zweiten Verfahren zur Anwendung kommenden - schwereren Strafgesetz zu entnehmen sei. Bei dieser Unvereinbarkeit der Strafaussprüche im Urteil und im Strafbefehl müsse § 73 StGB dadurch Geltung verschafft werden, daß die im Strafbefehl festgesetzte Strafe wegfielen.

derartiges Vorgehen mag im Fall der Idealkonkurrenz - so lag es bei dem vom Reichsgericht zu beurteilenden Sachverhalt - angehen. Kann aber der im Strafbefehl genannte Tatbestand neben dem, der im Urteil angewendet wird, nicht bestehen bleiben (bei Gesetzeskonkurrenz, z. B. § 243 statt § 242 StGB), ist ein solches Vorgehen nicht möglich.¹⁾ Hier bleibt keine andere Wahl, als den Strafbefehl für gegenstandslos zu erklären, da andernfalls die Verurteilung aus einer Vorschrift aufrechterhalten würde, die auf das Täterverhalten im ganzen gesehen nicht zur Anwendung kommen durfte.²⁾ Wenn die heute herrschende Meinung generell auf dem Standpunkt steht, daß durch eine Verurteilung unter dem neuen, die Strafbarkeit erhöhenden Umstand der Strafbefehl hinfällig werde³⁾, so muß man sich darüber klar sein, daß der Wegfall des Strafbefehls keine selbstverständliche Folge der eingeschränkten Strafklageverbrauchswirkung des rechtskräftigen Strafbefehls ist. Vielmehr findet seine Aufhebung ihren Grund darin, daß aus materiell-rechtlichen Erwägungen eine einheitliche Entscheidung notwendig ist.

Aus dieser Überlegung zum Strafbefehlsverfahren ergibt sich folgendes: Die Einschränkung der sachlichen Rechtskraft des Strafbefehls führt dazu, daß eine Handlung, über die bereits rechtskräftig entschieden ist, nochmals zum Gegenstand eines Verfahrens gemacht werden kann. Die Folge dieses Vorgangs ist, daß zwei Entscheidungen über die gleiche Handlung ergehen. Da in solchen Fällen das strafbare Tun oftmals materiell-rechtlich nicht richtig qualifiziert werden könnte, wenn die erste Entscheidung bestehen bliebe, ist der spätere Richter befugt, diese - trotz ihrer formellen Rechtskraft - einzubeziehen

1) Eb. Schmidt, Lehrk. II § 410 RdNr. 15

2) Diese Sachgestaltung wurde in RGSt 50, 237 ff. nicht berücksichtigt.

3) BGH NJW 1951, S. 894: Müller-Sax (KMR), § 410 Anm. 3 b; Eb. Schmidt, Lehrk. II § 410 RdNr. 15; Schwarzkleincknecht, § 410 Anm. 4

und den Schuld- und Strafausspruch so zu bilden, wie er gelaute hätte, wenn der Angeklagte in e i n e m Verfahren abgeurteilt worden wäre.

Diese besondere Situation, die eine Einbeziehung der ersten Entscheidung in das spätere Urteil notwendig macht, tritt nun nicht nur bei dem Strafbefehlsverfahren auf. Sie ergibt sich immer dann, wenn ein Gericht in die Lage kommt, über eine Handlung zu urteilen, die bereits den Gegenstand einer rechtskräftigen Entscheidung bildete. Und das kann auch der Fall sein, wenn die vorausgegangene Entscheidung nicht ein Strafbefehl, sondern ein Urteil war.¹⁾ Zwar verbietet die sachliche Rechtskraft des Urteils - im Unterschied zum Strafbefehl - eine nochmalige Aburteilung des Sachverhalts, der in dem früheren Prozeß erfaßt werden konnte; sie macht aber die spätere Verfolgung solcher Tatteile nicht unzulässig, an deren Erfassung der Richter des ersten Verfahrens gehindert war. Deshalb ist es möglich, daß sich zwei Prozesse mit derselben Handlung befassen, nämlich dann, wenn es dem früheren Richter infolge eines rechtlichen Hindernisses verwehrt war, die Handlung unter einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt zu beurteilen.²⁾ Hier stellt sich, falls das Hindernis nachträglich wegfällt und die Aburteilung der Handlung unter dem im ersten Prozeß notwendigerweise unberücksichtigt gebliebenen Aspekt nachgeholt wird, die Frage, wie die

1) In RGSt 50, 237 ff. ist klar erkannt, daß es sich hier nicht um ein Spezialproblem des Strafbefehlsverfahrens handelt, sondern daß sich dieselbe Fragestellung auch bei einem rechtskräftigen Urteil ergeben kann.

2) Beispielsfälle sind etwa: RGSt 37, 88 ff. (Ein Ausgelieferter darf nur nach dem Strafgesetz abgeurteilt werden, wegen dessen er ausgeliefert wurde; bleibt er über die im Auslieferungsvertrag festgesetzte Schutzfrist hinaus in dem verfolgenden Land, so darf er unter dem im ersten Prozeß unberücksichtigt gebliebenen rechtlichen Gesichtspunkt später verfolgt werden.) und BGHSt 15, 259 ff. (War der erste Richter wegen des Verfahrenshindernisses des § 90 a Abs. III (a. F.) StGB gehindert, den Angeklagten nach § 90 a StGB zu verurteilen, so kann dies nachgeholt werden, wenn das Verfahrenshindernis wegfällt.).

materiell-rechtlich erforderliche Einheitlichkeit der beiden Entscheidungen hergestellt werden kann. In der Rechtsprechung¹⁾ hat sich der Grundsatz herausgebildet, daß in diesem Fall rechtlicher Verhinderung des ersten Richters an vollständiger Aburteilung der Angeklagte so zu stellen ist, "als ob er in e i n e m Verfahren abgeurteilt worden wäre."²⁾ Das mit der zweiten Aburteilung befaßte Gericht muß deshalb prüfen, welche Strafe bei Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Tatbestände zu verhängen ist, und aussprechen, daß die frühere Strafe wegfällt.³⁾ Die Entscheidungen des Reichsgerichts und die des Bundesgerichtshofs lassen freilich nicht klar erkennen, ob dabei der Schuldspruch aus den beiden Urteilen zu entnehmen und nur der Strafausspruch in der zweiten Entscheidung umfassend festzulegen sei. Jedoch kann es hier nicht anders sein als bei dem entsprechenden - oben dargestellten - Problem im Strafverfahren: Unter Umständen steht der Tatsache nichts entgegen, daß der Schuldspruch aus zwei Urteilen im Wege der Ergänzung zu entnehmen ist. Wenn aber der Tatbestand, aus dem zunächst verurteilt wurde, neben dem, der im zweiten Verfahren zur Anwendung gelangt, keinen Bestand haben kann, muß auch der Schuldspruch in dem zweiten Urteil unter Wegfall des ersten einheitlich gefaßt werden. Anders ist der vom Bundesgerichtshof anerkannte Grundsatz, daß der Angeklagte immer so zu stellen ist, als ob er in einem Verfahren abgeurteilt worden wäre, nicht zu verwirklichen.

Es ist zuzugeben, daß dieses Vorgehen im Hinblick auf die Rechtskraft des ersten Urteils nicht unbedenklich ist. Da jedoch der zweite Richter an einer Überprüfung des im ersten Prozeß behandelten Sachverhalts gehindert ist, er die dort getroffenen tatsächlichen Feststellungen und die rechtliche Qualifikation sowie die dafür ausgeworfene

1) RGSt 49, 272 (274); 56, 161 (166 f.); BGHSt 15, 259 ff.; vgl. auch RGSt 50, 237 (238 f.)

2) BGH aaO., S. 262

3) BGH aaO. Leitsatz Nr. 3; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Vorb. §§ 151 ff. Anm. 23 b

Strafe übernehmen muß, ist gewährleistet, daß das Verbot des bis in idem nicht außer Kraft gesetzt wird. Seine Befugnis beschränkt sich - neben der Aburteilung des neuen Sachverhaltsteils - darauf, die erste Entscheidung in die zweite einzubeziehen. Das ist unumgänglich, weil aus materiell-rechtlichen Gründen ein einheitlicher Schuld- und Strafausspruch notwendig ist und außerdem der Angeklagte benachteiligt würde, wenn beide Urteile nebeneinander bestehenblieben. Deshalb muß die Einbeziehung der ersten Entscheidung in die zweite zugelassen werden, wenn die sachliche Rechtskraft nicht hindert, daß über eine Handlung nochmals entschieden wird, obwohl sie teilweise bereits rechtskräftig abgeurteilt ist. Diesem von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz ist zuzustimmen, weil er durch Erwägungen materiell-rechtlicher Art gefordert wird und demgegenüber Einwände aus Gründen der Rechtssicherheit nicht durchschlagen können.¹⁾

Damit ist der Weg aufgezeichnet, wie in den Fällen zu verfahren ist, in denen eine fortgesetzte Handlung nach der Urteilsverkündung weiterverwirklicht wird. Zwar ist ein Unterschied zu der oben behandelten Sachgestaltung insofern vorhanden, als das später abzuurteilende strafbare Tun hier erst nach Erlaß der rechtskräftigen Entscheidung verwirklicht wird. Trotz dieser Abweichung stellt sich aber das gleiche Problem: Das Verbot des bis in idem verhindert nicht, daß über dieselbe Handlung in zwei Prozessen entschieden wird. Der Angeklagte muß in diesem Fall - wie dargelegt - so gestellt werden, als

1) Dazu Bruns, JZ 1960, S. 585 ff. Bruns befaßt sich mit der Frage, ob die Rechtskraft einer Entscheidung die zusätzliche Verfolgung nachträglich eingetretener strafscharfender Tatfolgen hindert. Da er dies sowohl bei einem rechtskräftigen Strafbefehl wie bei einem rechtskräftigen Urteil verneint und ein neues Verfahren (sog. Ergänzungsverfahren) zuläßt, ergeben sich die gleichen Probleme wie hier. Auch er ist der Auffassung, daß sich die Schwierigkeiten - wie "Aufhebung der ersten Entscheidung, Einbeziehung der früheren Strafe usw." - überwinden lassen und dies mit den Geboten der Rechtssicherheit vereinbar sei (vgl. S. 592 Fußn. 58).

ob er in einem Verfahren abgeurteilt worden wäre. Das wird dadurch erreicht, daß bei der zweiten Verurteilung das frühere Urteil einbezogen und so die Einheitlichkeit der Entscheidung hergestellt wird.¹⁾

Wenn diese Lösung auch noch manche Frage aufwerfen mag, so verdient sie dennoch den Vorzug vor der herrschenden Auffassung, weil sie sich auf einen in ähnlichen Fällen praktizierten und anerkannten Grundsatz stützen kann und die fragwürdige Fiktion der Zerlegung einer Handlungseinheit unnötig macht.

2. Das erstinstanzliche Urteil wird angefochten

Einer näheren Betrachtung bedürfen noch diejenigen Fälle, in denen die erstinstanzliche Entscheidung angefochten wird und der Angeklagte in der Zeit von der ersten Urteilsverkündung bis zur rechtskräftigen Erledigung der Sache weitere Teilakte der fortgesetzten Handlung begeht, die den Gegenstand des Prozesses bildet. Bei dieser Sachlage stellt sich die Frage, inwieweit das nach dem ersten Urteil liegende strafbare Tun in dem anhängigen Verfahren mitbehandelt werden kann, bzw. von welchem Zeitpunkt ab das nicht mehr möglich ist. Die Antwort hierauf gibt § 264 Abs. I StPO. Danach ist Gegenstand der Verurteilung die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt. Da dieser Grundsatz auch für das Berufungsgericht und für das Gericht gilt, an das die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen wird, sie also den historischen Sachverhalt im Rahmen der Tatidentität umgestalten und erweitern können²⁾, dürfen die Teilakte, die diese Gerichte zeitlich noch erfassen könnten, auch nur von ihnen abgeurteilt werden; denn strafbare Vorgänge, die in einem

1) Ebenso - ungeachtet der abweichenden Auffassung zum Begriff der prozessualen Tat - Geerds, S. 422, Fußn. 1023; vgl. auch S. 412 Fußn. 974. Ähnlich Henkel, S. 447 f., der die Vervollständigung des ersten Urteils durch eine Ergänzungsklage erreichen will.

2) Z. B. RGSt 62, 130 f.; Erbs, § 264 Anm. V; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Vorb. §§ 151 ff. Anm. 18 b.

abgeschlossenen Verfahren behandelt werden konnten und mußten, sind wegen des Verbots der Doppelbestrafung einer späteren Aburteilung entzogen. Somit setzt das Urteil die Grenze, "das in der durch Rechtsmittel hervorgerufenen Aufeinanderfolge als letztes gestaltungs-fähig i. S. des § 264 StPO ist."¹⁾

Während insoweit in Rechtsprechung und Literatur weitgehend Einigkeit herrscht, ist umstritten, ob diese Regel dann eine Ausnahme erleidet, wenn das Urteil allein vom Angeklagten oder von der Staatsanwaltschaft nur zugunsten des Angeklagten angefochten wird.²⁾ Ob das Berufungsgericht (bzw. das Gericht, an das die Sache zurückverwiesen ist) hier das spätere strafbare Tun strafschärfend berücksichtigen darf, erscheint deshalb zweifelhaft, weil das Verbot der reformatio in peius die Abänderung eines nur zugunsten des Angeklagten angefochtenen Urteils zu seinem Nachteil untersagt (§§ 331 Abs. I, 358 Abs. II StPO). Das Reichsgericht hat dem Verschlechterungsverbot unumschränkte Geltung zuerkannt und die Ansicht vertreten, auch in einem solchen Fall dürfe das Urteil im Rechtsmittelverfahren nicht zuungunsten des Angeklagten geändert werden. Die notwendige Folge dieser Auffassung war - da man dem Angeklagten für die Zwischenzeit keinen Freibrief für weiteres strafbares Tun ausstellen wollte -, daß bereits das Urteil die Grenze bildete, das allein zugunsten des Angeklagten angegriffen

-
- 1) BGHSt 9, 324 (327) im Anschluß an RGSt 51, 253 (255) und 66, 45 (47 f.); ebenso Geier in Löwe-Rosenberg, § 264 Anm. 3 e (S. 1079 oben); Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Vorb. § 151 ff. Anm. 23 e; Nickel, S. 72; Eb. Schmidt, Lehrk. II § 264 RdNr. 11 und Lehrk. I S. 176 Fußn. 542; Schwarz-Kleinknecht, § 264 Anm. 4 A.
- 2) Hierzu Erbs, § 264 Anm. V; Geier in Löwe-Rosenberg, § 264 Anm. 3 e; Jagusch in Löwe-Rosenberg, § 331 Anm. 1 und § 358 Anm. 5; KMR, § 264 Anm. 5 A e; Nickel, S. 73; Peters, JZ 1957, S. 482 ff.; Eb. Schmidt, Lehrk. II § 264 Anm. 11; Schwarz-Kleinknecht, § 331 Anm. 4

wurde.¹⁾²⁾

Für den Bundesgerichtshof war dieses Ergebnis unannehmbar.³⁾ Wie bereits oben dargelegt, können nach der Ansicht des Bundesgerichtshofs später verwirklichte Teile eines bereits abgeurteilten Fortsetzungszusammenhangs nur dann zum Gegenstand eines neuen Verfahrens gemacht werden, wenn man sie im Verhältnis zu den vorausgegangenen Einzelakten materiell-rechtlich als selbständige Handlung und damit auch prozessual als andere Tat begreift. Die Kraft, ein an sich einheitliches Delikt in zwei Handlungen aufzuspalten, kommt aber nach seiner Meinung nur der sachlichen Rechtskraft einer Entscheidung zu, während ein Urteil, das von einem Prozeßbeteiligten angefochten wird, diese Wirkung nicht zu äußern vermag.

-
- 1) RGSt 42, 372 (374 f.); 49, 353 f. Vgl. zu diesen Entscheidungen, die den oben wiedergegebenen Standpunkt nicht ganz deutlich werden lassen, die Interpretation der Rechtsprechung des Reichsgerichts durch RGSt 66, 45 (49). Ebenso OLG Bremen, NJW 1954, S. 1695 f.; BayObLG, NJW 1955, S. 998 ff. In RGSt 66, 45 (49) selbst werden Zweifel an der Richtigkeit dieser Rechtsprechung geäußert und es wird erwogen, ob nicht das Verschlechterungsverbot zurückstehen müsse; von einer endgültigen Beantwortung der Frage sieht der Senat indes ab. An RGSt 66, 45 ff. knüpft BGHSt 9, 324 ff. an.
- 2) Weitergehend will das OLG Hamm (NJW 1955, S. 313 f.) die Teilakte, die nach dem nur zugunsten des Angeklagten angefochtenen Urteil liegen, dann in die letzte tatrichterliche Entscheidung einbezogen wissen, wenn die vom Vorderrichter ausgesprochene Strafe nach der Auffassung des Rechtsmittelgerichts für die gesamte (bis dahin verwirklichte) Handlung ausreichend ist und die Einbeziehung deshalb nicht zu einer Erhöhung der ursprünglichen Strafe zwingt. Dagegen zu Recht BayObLG, NJW 1955, S. 998 und Peters, JZ 1957, S. 484: Nach dieser Auffassung bleibt der Umfang der fortgesetzten Handlung und der der prozessualen Tat zunächst unklar und wird erst bestimmt, wenn auf Grund der Beratung feststeht, welche Strafe der Angeklagte insgesamt verwirkt hat. Eine Lösung aber, die den Umfang des Verhandlungsgegenstands von dem Ergebnis der Verhandlung abhängig macht, ist unannehmbar. (Vgl. im einzelnen die vom BayObLG aaO. vorgetragenen Gründe.)
- 3) Zu den folgenden Ausführungen BGHSt 9, 324 ff.

Alles strafbare Verhalten, das vor dem rechtskräftigen Urteil liegt, muß deshalb in dem anhängigen Prozeß behandelt werden, weil eine Verfolgung in einem neuen Verfahren nicht möglich ist.

Schon diese Überlegung zwang den Bundesgerichtshof, die strafschärfende Berücksichtigung der zwischen dem ersten und dem letzten Urteil begangenen Akte trotz des Verschlechterungsverbotes in dem laufenden Verfahren zuzulassen.

Nach der hier vertretenen Auffassung ergibt sich diese Notwendigkeit nicht. Denn - wie ausgeführt - kann der Behauptung, eine Handlungseinheit werde durch eine rechtskräftige Entscheidung in zwei Handlungen aufgespalten, nicht gefolgt werden. Eine Verfolgung der später begangenen Einzelakte wird nicht dadurch zulässig, daß man den nachträglich verwirklichten Handlungsteil als selbständige Handlung qualifiziert, sondern ihre Zulässigkeit beruht auf der Tatsache, daß sich die Rechtskraft immer nur auf den Teil des strafbaren Verhaltens bezieht, der vom Vorderrichter erfaßt werden konnte und mußte. Der Aburteilung in einem zweiten Strafverfahren sind demnach nicht nur die Tatstücke zugänglich, die nach der rechtskräftigen Entscheidung verübt werden, sondern auch solche, die davor liegen, aber vom früheren Richter nicht berücksichtigt werden konnten. Wenn also das Verbot der reformatio in peius der Einbeziehung der zwischenzeitlich begangenen Akte entgegenstehen sollte, dann war insoweit die Klageänderungsbefugnis des Gerichts beschränkt und Strafklageverbrauch tritt für diesen Teil des Täterverhaltens nicht ein.

Damit entfällt zwar ein Grund, der den Bundesgerichtshof bewogen hat, bei einem nur zugunsten des Angeklagten angefochtenen Urteil trotz des Verschlechterungsverbots eine strafschärfende Berücksichtigung der nach diesem Urteil verübten Handlungsteile zuzulassen. Der vom Bundesgerichtshof vertretenen Lösung ist aber den-

noch zuzustimmen.

Ausgangspunkt für die Beantwortung der zu entscheidenden Frage muß der Inhalt des Verbots der reformatio in peius sein. Das Reichsgericht hat die Vorschrift dahin ausgelegt, daß sie die Verhängung einer höheren Strafe auch dann untersage, wenn der Täter sein strafbares Tun nach Verkündung des angefochtenen Urteils fortgesetzt habe.¹⁾ Mit Recht hat der Bundesgerichtshof dieser Interpretation vorgeworfen, daß sie "starr am Wortlaut des Verbots der Schlechterstellung haftet, ohne dabei den Sinn der Verbotsvorschrift zu berücksichtigen."²⁾ Fragt man nach der Ratio des Verschlechterungsverbots, so wird heute³⁾ übereinstimmend als Antwort gegeben, daß es sich hierbei um eine Rechtswohltat handelt, die vom Gesetzgeber ausschließlich im Interesse des Angeklagten aufgestellt wurde. Das Verbot soll die Entschlußfreiheit des Verurteilten für oder gegen den Gebrauch eines Rechtsmittels wahren; ein Angeklagter, der sich zu Unrecht bestraft glaubt, soll es nicht deshalb bei dem Urteil bewenden lassen müssen, weil er aus Furcht vor höherer Strafe den Versuch unterläßt, seine Lage durch die Einlegung eines Rechtsmittels zu verbessern.⁴⁾ Diesem Sinn der Verbotsvorschrift, nämlich Schutz des Vertrauens des Angeklagten auf die im ersten Rechtszug errungene Position, wird dann entsprochen, wenn dem Urteilsspruch im folgenden Rechtsmittelverfahren nichts hinzugefügt wird, was der Angeklagte nur deshalb auf sich nehmen müßte, weil der Sachverhalt nochmals einem Gericht zur Entscheidung unterbreitet wird. Umgekehrt bedeutet das

1) So RGSt 42, 372 (375); zweifelnd aber bereits RGSt 66, 45 (49 f.)

2) BGHSt 9, 324 (330)

3) Zur geschichtlichen Entwicklung Lauckner, Strafr. Abh. 171, S. 26 ff. und W. Schmidt, JR 1950, S. 193 ff. mit weiteren Nachweisen.

4) Vgl. Ganske, S. 5 ff. mit zahlreichen Nachweisen in Fußn. 17

aber, daß das Rechtsmittelgericht jede Unrechtsfolge gegen den Angeklagten verhängen darf, die "in einem späteren zweiten Strafverfahren doch noch gegen ihn ausgesprochen werden könnte."¹⁾

Überträgt man den so verstandenen Inhalt des Verschlechterungsverbot auf die vorliegende Sachgestaltung, dann erweist sich die Lösung des Bundesgerichtshofs als richtig. Würde man nämlich eine Einbeziehung der nach dem ersten, nur zugunsten des Angeklagten angefochtenen Urteil begangenen Einzelakte in den anhängigen Prozeß nicht zulassen, könnten sie in einem zweiten Verfahren abgeurteilt werden, weil insoweit die Strafklage nicht verbraucht ist.²⁾ Der Angeklagte würde also der Strafe für diesen Teil seines Verhaltens nicht entgehen. Wenn aber der Täter diese Folge in einem späteren Strafverfahren doch erdulden müßte, so ist das Rechtsmittelgericht durch das Verschlechterungsverbot nicht gehindert, sie gegen ihn auszusprechen.³⁾

-
- 1) So zutreffend Ganske, S. 8; speziell zu der hier behandelten Frage aaO., S. 85 ff.
 - 2) So die S. 137 Fußn. 1 zitierten Entscheidungen und Peters, JZ 1957, S. 482
 - 3) Der Bundesgerichtshof hat dasselbe Ergebnis dadurch gewonnen, daß er den Grundsatz ne bis in idem gegen das Verbot der Schlechterstellung abgewogen und dabei dem verfassungsrechtlich garantierten Grundsatz der Einmaligkeit der Strafverfolgung den Vorrang vor dem Verschlechterungsverbot zuerkannt hat (BGHSt 9, 324, 331 ff.). Hiergegen hat Peters geltend gemacht, bei der Entscheidung in dem Rangstreit zwischen dem Verbot des bis in idem und dem der reformatio in peius habe das letztere unberechtigterweise einen zu tiefen Platz erhalten (JZ 1957, S. 483 f.). Folgt man der ober vorgetragenen Begründung, dann verliert diese Kritik ihre Berechtigung. Denn die strafverschärfende Berücksichtigung der während des Rechtsmittelverfahrens begangenen Akte wird nicht dadurch zulässig, daß man das Verschlechterungsverbot neben dem Grundsatz ne bis in idem zurücktreten läßt; die Zulässigkeit der Einbeziehung ergibt sich vielmehr daraus, daß es keinen Verstoß gegen das Verbot der reformatio in peius bedeutet, wenn in einer Rechtsmittelentscheidung über die im ersten Urteil ausgesprochene Strafe hinaus eine Unrechtsfolge verhängt wird, die auch in einem späteren Prozeß gegen den Angeklagten verhängt werden könnte.

Dieses Ergebnis wird durch eine weitere Überlegung gestützt.¹⁾ Da das Verbot der reformatio in peius allein den Zweck verfolgt, die Freiheit der Rechtsmitteleinlegung zu garantieren, es sich seiner Bestimmung nach also nur zugunsten des Angeklagten auswirken soll, darf seine prozessuale Handhabung nicht dazu führen, daß es zum Nachteil des Angeklagten ausschlägt. Das wäre aber der Fall, würde man mit der nur am Wortlaut haftenden Auslegung eine Einbeziehung der während des Verfahrens begangenen Akte ablehnen: Wenn das Urteil zuungunsten des Angeklagten angefochten wird, sind in dem letzten tatrichterlichen Urteil sämtliche bis dahin verwirklichten Akte zu berücksichtigen. Bleibt ein Teil des in den Fortsetzungszusammenhang fallenden Täterverhaltens unbekannt, so besteht nach herrschender Meinung keine Möglichkeit, dieses strafbare Tun später abzuurteilen, weil die Strafklage insoweit verbraucht ist. Der Täter kann sich also gegenüber jeder Strafverfolgung, die sich auf ein vor dem letzten tatrichterlichen Urteil liegendes Verhalten bezieht, auf den Grundsatz ne bis in idem berufen. Hielte man bei einer nur zugunsten des Angeklagten erfolgten Rechtsmitteleinlegung eine Einbeziehung der während des Verfahrens begangenen Akte nicht für zulässig, so könnte der Verurteilte wegen der zwischen dem ersten und dem letzten tatrichterlichen Urteil liegenden Tatbestandsverwirklichungen auch dann später verfolgt werden, wenn diese erst nach der rechtskräftigen Erledigung der Sache hervortreten. Dem Angeklagten würde also der Rechtsvorteil des Strafklageverbrauchs entzogen, während ihm der Einwand der res iudicata zustünde, wenn das Urteil zu seinen Ungunsten angegriffen worden wäre.²⁾ Auch aus diesem Grund verdient die Lösung des

1) Dazu BGHSt 9, 324 (330 f.)

2) Peters wendet sich auch gegen dieses Argument (JZ 1957, S. 483): Einmal hätte sich der Bundesgerichtshof mit der grundsätzlichen Frage auseinandersetzen müssen, ob es richtig ist, daß durch die Verurteilung wegen einer fortgesetzten Handlung die Strafklage für alle Teilakte verbraucht wird, die dem Fortsetzungszusammenhang angehören, und zwar auch für die, die

Bundesgerichtshofs den Vorzug vor der Auffassung des Reichsgerichts.

Wie der spätere Richter in einem solchen Fall zu verfahren hat, ist in BGHSt 9, 324 (334) dargelegt. Der Richter hat zunächst zu prüfen, welche Strafe für die vor der Verkündung des ersten Urteils verwirklichten Einzelakte zu verhängen ist; hierbei ist er an das Verbot der reformatio in peius, das als Strafzumessungsregel für diesen Teil des Täterverhaltens in Kraft bleibt, gebunden, so daß er insoweit die im ersten Urteil ausgesprochene Strafe nicht erhöhen darf. Danach ist die Strafe für die später begangenen Akte festzusetzen und aus den beiden "Einsatzstrafen" schließlich die Strafe für die gesamte Fortsetzungstat zu bilden.

Als Fazit ergibt sich somit: Wird der Täter wegen einer fortgesetzten Handlung verurteilt und läßt er sich trotz dieser Verurteilung nicht davon abhalten, seinen Gesamtvorsatz weiterhin in strafbarer Weise zu verwirklichen,

im Verfahren unbekannt geblieben sind. Zum andern bestehe kein Anlaß, "durch eine künstliche Ausdehnung der Rechtskraftwirkung den Angeklagten einer Bestrafung für Taten zu entziehen, die er begangen hat." Man mag mit Recht bedauern, daß der Bundesgerichtshof zu dem Problem des Strafklageverbrauchs bei der Fortsetzungstat nicht eingehender Stellung genommen hat, sondern sich - unter Nichtachtung anderslautender Ansichten in der Literatur (vgl. dazu B dieser Arbeit) - auf eine "einhellige Meinung" berufen hat. Erkennt man jedoch den Grundsatz des umfassenden Strafklageverbrauchs bei Fortsetzungszusammenhang an, dann erscheint der zweite Vorwurf unberechtigt. Denn es geht hier nicht um eine "künstliche Ausdehnung der Rechtskraftwirkung", sondern darum, daß aus dem zum Vorteil des Angeklagten statuierten Verbot der reformatio in peius keine für ihn nachteiligen Folgen abgeleitet werden; das wäre aber der Fall, wenn der Verurteilte, der das Urteil allein angefochten hatte, wegen der nach Rechtskraft hervorgetretenen (aber bereits vorher verwirklichten) Teilakte verfolgt werden könnte, während ein späteres Verfahren unzulässig wäre, wenn auch ein Rechtsmittel zuungunsten des Verurteilten eingelegt worden ist.

so kann er wegen des zeitlich nach der Entscheidung liegenden Teils der Fortsetzungstat in einem zweiten Verfahren bestraft werden. Bei der späteren Aburteilung ist der Tatsache Rechnung zu tragen, daß der nunmehr zur Entscheidung stehende Teil des Täterverhaltens zusammen mit dem im ersten Verfahren behandelten eine Handlung bildet. Der spätere Richter muß deshalb die materiell-rechtlich notwendige Einheitlichkeit der beiden Entscheidungen herstellen. Einer neuerlichen Strafverfolgung sind nur die Akte einer fortgesetzten Handlung zugänglich, die nach dem letzten tatrichterlichen Urteil begangen werden. Alles strafbare Verhalten, das vor diesem Zeitpunkt liegt, muß in das Verfahren einbezogen werden, gleichviel, ob das Urteil zuungunsten oder ob es nur zugunsten des Angeklagten angefochten wird.

D. Die materiell-rechtlichen Folgerungen aus der prozessualen Untersuchung

I. Die Notwendigkeit einer Einschränkung des Begriffs der fortgesetzten Handlung

Die bisherigen Untersuchungen haben folgendes ergeben: Rechtsprechung und herrschende Lehre gehen bei der prozessualen Behandlung des Fortsetzungszusammenhangs von dem Grundsatz aus, daß die Verurteilung wegen einer fortgesetzten Handlung die Strafklage für sämtliche Teilakte der Handlungskette verbraucht. Diesem Grundsatz ist - entgegen den in der Literatur vertretenen abweichenden Auffassungen - zuzustimmen. Er rechtfertigt sich daraus, daß nach geltendem Strafprozeßrecht der Teil des strafbaren Verhaltens, der im materiellen Recht eine Verbrechenseinheit bildet, im prozessualen Bereich als eine Tat qualifiziert werden muß¹⁾ und daß die Rechtskraft ein zweites Verfahren wegen derselben prozessualen Tat unzulässig macht.²⁾ Bei einer Reihe von Sachgestaltungen verläßt die Rechtsprechung jedoch ihren Ausgangspunkt und erstreckt das Wiederholungsverbot nicht auf die gesamte Fortsetzungstat, sondern nur auf einen Teil davon. Derartige Ausnahmen werden insbesondere gemacht, wenn der Angeklagte nur wegen eines Einzelaktes der fortgesetzten Handlung verurteilt wurde³⁾ oder wenn er vom Vorwurf eines fortgesetzten Delikts zu Unrecht freigesprochen wurde.⁴⁾ Bei der Erörterung dieser Fallgruppen hat sich gezeigt, daß die Beschränkungen der Rechtskraftwirkung z. T. nicht haltbar sind, da sie mit Begründungen gewonnen werden, die im Gegensatz zu Grundeinsichten der Rechtskraftlehre stehen. Das Festhalten an den mit logischen Argumenten nicht begründbaren Ergebnissen erklärt sich aus dem Bestreben, bei ein-

1) Dazu oben S. 56 ff.

2) Abgesehen von dem Sonderfall, daß es dem Gericht unmöglich war, einen Teil der prozessualen Tat im Verfahren zu erfassen.

3) Oben S. 83 ff.

4) Oben S. 97 ff.

zeln Fallgruppen die Rechtskraftkonsequenzen zugunsten von Gerechtigkeitserwägungen einzudämmen und auf diese Weise eine schuldangemessene Bestrafung des Täters zu ermöglichen.

Wenn diesen Versuchen auch vom Ausgangspunkt der herrschenden Meinung her nicht zugestimmt werden kann¹⁾, so ist das Bemühen um eine Einschränkung der Rechtskraftwirkung dennoch verständlich. Der Strafklageverbrauch bei Fortsetzungszusammenhang führt bereits in der Form, wie er von der Rechtsprechung gehandhabt wird, nicht selten zu unbefriedigenden Ergebnissen. Das ist immer dann der Fall, wenn die fortgesetzte Handlung aus einer Vielzahl von Einzelakten besteht, im Verfahren aber nur ein geringer Teil der Einzelfälle ermittelt und der Täter nur deshalb bestraft wird.²⁾ Werden nach Rechtskraft des Urteils die restlichen Teilakte bekannt, steht einer Verurteilung das Verbot des bis in idem entgegen und der Schwerpunkt des strafbaren Verhaltens bleibt ungeahndet. Die Zahl der unbefriedigenden Ergebnisse würde sich aber noch erhöhen, wenn man den Grundsatz des alle Teilakte der fortgesetzten Handlung umfassenden Strafklageverbrauchs konsequent durchführen würde, weil dadurch der Umfang der Rechtskraftwirkung noch weiter ausgedehnt würde.

Daß gerade bei der Figur des Fortsetzungszusammenhangs - im Gegensatz zu anderen Arten der Handlungseinheit - die Rechtskraftkonsequenzen untragbar erscheinen, hat seinen Grund in der Beschaffenheit des Begriffs der fortgesetzten

1) So auch BGHSt 15, 268 (272): Den ungerechten Ergebnissen, zu denen der Strafklageverbrauch bei Fortsetzungszusammenhang führe, dürfe nicht dadurch begegnet werden, "daß man den Verfassungsrechtssatz des Art. 103 Abs. III GG unbeachtet läßt, der verbietet, daß jemand wegen derselben Tat mehrmals bestraft wird. Ihnen kann und muß allein dadurch entgegengetreten werden, daß man den Rechtsbegriff der fortgesetzten Straftat seiner äußeren und inneren Tatseite nach richtig begrenzt."

2) Vgl. etwa BGHSt 6, 122 ff.

Handlung.¹⁾ Nach herrschender Meinung können Einzelakte zu einer Fortsetzungstat verbunden werden, die zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten begangen sind und jeweils einen anderen Rechtsgutsträger betreffen²⁾; erforderlich ist nur, daß die Teilhandlungen eine gewisse Kontinuität und Gleichartigkeit aufweisen, dem gleichen Deliktstypus unterfallen und von einem Gesamtvorsatz umfaßt werden. Infolge der zeitlichen und räumlichen Distanz, die zwischen den Tatbestandsverwirklichungen bestehen kann, und der Tatsache, daß jeweils eine andere Person verletzt sein kann, ist die vollständige Ermittlung sämtlicher Teilhandlungen besonders schwierig. Während bei den anderen Formen der Handlungseinheit wenigstens in der Regel davon auszugehen ist, daß der gesamte strafrechtlich relevante Sachverhalt im Verfahren erfaßt wird³⁾, besteht bei der fortgesetzten Handlung eine derartige Gewähr nicht. Hier wird es öfters als bei den sonstigen Handlungseinheiten vorkommen, daß nur ein Teil des strafbaren Tuns der rechtskräftigen Verurteilung zugrunde liegt, und die Tragweite des Urteils wird unter Umständen vom Zufall oder dem mit Erfolg betriebenen Verbergen von Einzelakten abhängig gemacht.⁴⁾

Aus diesem Grund ist es geboten, den Umfang des Strafklageverbrauchs bei Fortsetzungszusammenhang zu begrenzen. Nach-

1) Ähnlich Geerds, S. 409

2) Nur bei der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter und bei einigen Delikten gegen die Gesamtheit (z. B. §§ 175, 333 StGB) ist Identität des Betroffenen erforderlich. Vgl. Maurach, AT S. 633.

3) Bei der natürlichen Handlungseinheit folgt das daraus, daß die einzelnen Willensakte in einem unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang stehen. Bei den tatbestandlichen Handlungseinheiten wird die vollständige Ermittlung des strafbaren Tuns regelmäßig dadurch gewährleistet, daß sich das Täterverhalten als ununterbrochene Einheit darstellt (etwa §§ 123, 239 StGB, §§ 15, 16 WStG) oder - soweit dies nicht der Fall ist - sich die Tathandlung gegen den gleichen Betroffenen richtet (z. B. §§ 170 b, 170 d, 223 b StGB). Allerdings gibt es hier einige Ausnahmen, insbesondere die Organisationsdelikte nach §§ 90 a, 90 b, 128, 129 StGB.

4) Peters, Festschrift für Ed. Kohlrausch, S. 204

dem sich aber die Versuche, vom Prozeßrecht her dieses Ziel zu erreichen, als nicht durchführbar erwiesen haben, muß eine Lösung notwendigerweise vom materiellen Recht ausgehen¹⁾ und den Begriff der fortgesetzten Handlung in die Richtung hin einschränken, daß die Quote der ungerechten, weil auf einer lückenhaften Sachverhaltserfassung beruhenden Entscheidungen vermindert wird.

II. Darstellung und Ablehnung der Ansicht, der Begriff des fortgesetzten Delikts ergebe sich mit dogmatischer Notwendigkeit aus dem allgemeinen Handlungsbegriff

Zuvor ist jedoch ein denkbarer Einwand zu erörtern. In der Literatur wird z. T. die Auffassung vertreten, die Zusammenfassung mehrerer Tätigkeitsakte zu einer fortgesetzten Handlung sei eine Konsequenz der tatsächlichen Beschaffenheit der Handlungskette, wodurch es erst ermöglicht werde, diese Erscheinung richtig zu erfassen; die Fortsetzungstat sei keine juristische Zweckschöpfung,²⁾ sondern eine besondere Erscheinungsform des Verbrechens.²⁾ Sollte dies richtig sein, dann wäre es verfehlt, bei der Formulierung des Begriffs des Fortsetzungszusammenhangs die Rechtsfolgen im Rahmen der Rechtskraft zu berücksichtigen.

Zwar stößt die Auffassung, die Fortsetzungstat sei als vorgegebene Einheit eine bloße Spielart des allgemeinen Handlungsbegriffs, von vornherein auf Bedenken; angesichts der Fülle der sich widersprechenden Meinungen³⁾ erscheint es "als ein hoffnungsloses Unternehmen, die Grenzen, innerhalb deren mehrfach wiederholte Verwirklichungen des gleichen Tatbestandes als Einheiten sollen behandelt werden

1) Das räumt auch BGHSt 15, 268 (272) ein.

2) So insbesondere Nowakowski, S. 13 ff. und Eb. Schmidt, SJZ 1950, Sp. 286 ff. (289 ff.); JZ 1951, S. 21 ff.; Lehrk. I RdNr. 303. Vgl. dazu im einzelnen die folgenden Darlegungen.

3) Bereits Honig (Studien, S. 65) hat hier im Anschluß an v. Buri von einem "Chaos" gesprochen.

dürfen, aus den Begriffen des Fortsetzungszusammenhangs oder etwa gar der Handlungseinheit und Handlungsmehrheit auf rein logischem Wege zu deduzieren".¹⁾ Dennoch ist dieser Versuch auch in jüngerer Zeit mehrfach unternommen worden.

1. Die fortgesetzte Handlung als "Erscheinungsform der sukzessiven Verbrechensbegehung"

Die Ansicht, der Begriff der fortgesetzten Handlung sei nicht nach bestimmten praktischen Bedürfnissen gebildet, sondern dogmatisch notwendig, wird von Nowakowski mit der Deutung des Fortsetzungszusammenhangs als schrittweiser Begehung eines einzigen Delikts begründet.²⁾ Eine schrittweise Verbrechensbegehung (Sukzessivdelikt) sei dann gegeben, wenn sich die auf einen bestimmten Erfolg gerichtete Ausführungshandlung entsprechend dem Tatplan des Täters in mehrere Abschnitte gliedere, der Erfolg aber erst mit der letzten Tatphase herbeigeführt werde.³⁾ In diesen Fällen liege nur eine Handlung vor, weil die einzelnen, der Vollendung vorausgehenden Akte nicht selbständig gewertet werden könnten. Die Einheit der Verbrechensschritte ergebe sich aus der Anwendung des Deliktstypus, denn nur der Gesamtvorgang erfülle die Merkmale eines bestimmten Straftatbestandes, nicht aber die einzelnen Glieder; die Einheit reiche soweit, wie sich die objektiven und subjektiven Sachverhaltselemente zur Herstellung eines bestimmten Deliktstypus verbinden ließen. Die Zusammenfassung hänge also lediglich von der Subsumierbarkeit ab.

Das fortgesetzte Delikt sei, so führt Nowakowski weiter

1) Graf zu Dohna, DStrR 1942, S. 20

2) Nowakowski, S. 13 ff. Er beruft sich dabei u. a. auf Doerr, S. 84 ff. und 177 ff.; Kohler, BA 53, S. 155; Mezger, JW 1938, S. 3266; Oetker, ZAkDR 1937, S. 225; Welzel, AT S. 104.

3) Beispiel (Nowakowski, S. 15): Der Täter bohrt in der ersten Nacht die Stahltür des Tresors an, in der zweiten Nacht bricht er die Tür endgültig auf und in der dritten Nacht bringt er die Beute in Sicherheit.

aus¹⁾, ein Sonderfall des schrittweise begangenen. Zwar bestehe ein Unterschied insoweit, als bei dem "Normalfall" des Sukzessivdelikts nur die Ausführungshandlung in zeitlich getrennte Abschnitte zerfalle und der Erfolg mit einem Schlage eintrete, während bei dem fortgesetzten Delikt auch der Erfolg in getrennten Abschnitten herbeigeführt werde. Hier sei nicht die zeitliche Diskontinuität der Ausführungshandlung, sondern die des Erfolges primär auffällig. Da jeder Teilerfolg den Deliktstypus bereits vollkommen herstelle, gebe dieser keinen unmittelbaren Anlaß, die Teilakte zusammenzufassen. Dennoch bestehe ein Zusammenhang der Einzelteile immer dann, "wenn nicht nur jedes einzelne Glied, sondern auch ihre Gesamtheit den Verbrechenmerkmalen im Sinne eines bestimmten Deliktstypus entspricht, also nicht nur jede der zunächst scheinbar in sich abgeschlossenen Einzeltaten tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft ist, sondern auch ihre Gesamtheit. Dann ist die Subsumtion auf diese abzustellen und nicht auf ihre einzelnen Glieder".²⁾ Entscheidend für die Qualifikation der fortgesetzten Handlung als Sonderfall des Sukzessivdelikts sei somit, daß auch bei Fortsetzungszusammenhang die einzelnen Tätigkeitsakte als Ursachen zu einem Erfolg i. S. eines bestimmten Deliktstypus zusammenwirkten, sie in ihrer Gesamtheit die Ausführungshandlung zur Herbeiführung dieses einen Erfolges seien. Lehrreich sei der Vergleich mit der Begehung in einem Zuge. Wenn jemand einen Kohlenvorrat eimerweise auf einen bereitgestellten Wagen schaffe, nehme er mit jedem Eimer eine fremde bewegliche Sache in rechtswidriger Zueignungsabsicht weg. Hier zwingt sich die Zusammengehörigkeit freilich schon äußerlich notwendig auf, während bei dem fortgesetzten Delikt die Tatpausen zwischen den einzelnen Gliedern eine scheinbare Selbständigkeit ergäben. Dieser Unterschied sei jedoch unerheblich, da die Teile auch im

1) AaO., S. 17 ff.

2) AaO., S. 17

Fälle des Fortsetzungszusammenhangs dogmatisch als Einheit zu begreifen seien und als einzelne so wenig in Betracht kämen wie bei der Begehung in einem Zuge.

Der Versuch Nowakowskis, die Einheit der Fortsetzungstat durch eine Gleichstellung mit dem Sukzessivdelikt zu begründen, überzeugt nicht. Die schrittweise Verbrechensbegehung ist, wie Nowakowski selbst ausführt, dadurch gekennzeichnet, daß durch mehrere zeitlich getrennte Teilhandlungen nur ein tatbestandsmäßiger Erfolg verursacht wird. Jeder der einzelnen Handlungsabschnitte ist zwar Ursache für den Erfolg, erfüllt aber für sich allein nicht den Tatbestand, der anzuwenden ist, wenn die gesamte Verhaltensweise des Täters gewürdigt wird. Die Einheit ergibt sich daraus, daß nur das Täterverhalten in seiner Gesamtheit unter das anzuwendende Strafgesetz subsumiert werden kann.¹⁾

Diese das Sukzessivdelikt kennzeichnenden Merkmale weist die fortgesetzte Handlung aber gerade nicht auf.²⁾ Bei ihr bewirkt bereits jeder Teilakt einen Erfolg, durch jeden Teilakt werden die Merkmale eines Straftatbestandes erfüllt.³⁾ Führt der Täter seinen Gesamtvorsatz nicht zu Ende, so liegt nicht - wie im vergleichbaren Fall beim Sukzessivdelikt - nur eine versuchte Verbrechensbegehung vor, sondern es ist ein vollendetes Delikt gegeben, weil sich die Handlungskette aus mehreren **T a t b e s t a n d s - v e r w i r k l i c h u n g e n** zusammensetzt. Darin ist der entscheidende Unterschied zur schrittweisen Verbrechensbegehung begründet. Hier ergibt sich die Notwendigkeit, die Teilakte als Einheit zu begreifen, daraus, daß nur das Täterverhalten insgesamt unter einen Straftatbestand

1) Es liegt deshalb ein Fall der tatbestandlichen Handlungseinheit vor. So Geerds, S. 297, dem allerdings insoweit nicht gefolgt werden kann, als er auch die Fälle der "Tatfortführung" als tatbestandliche Handlungseinheiten ansieht. Vgl. unten Fußn. 1 S. 151

2) Kriesten, S. 7 ff.

3) RGSt 39, 220 (221); Warda, JuS 1964, S. 85

subsumiert werden kann. Bei der fortgesetzten Handlung dagegen besteht im Hinblick auf die Subsumierbarkeit kein Grund zur Zusammenfassung, da schon jedes Glied des Gesamtvorganges tatbestandsmäßig ist.¹⁾ Es erscheint deshalb verfehlt, den Fortsetzungszusammenhang als Fall der schrittweisen Verbrechensbegehung zu charakterisieren und den Begriff des fortgesetzten Delikts von dieser Grundlage aus entwickeln zu wollen.

Der Mangel in der Beweisführung wird bei Nowakowski deutlich, wenn er zur Begründung seiner Ansicht auf die Ähnlichkeit der Verbrechensbegehung in einem Zuge²⁾ mit der fortgesetzten Handlung verweist; denn die Verbrechensbegehung in einem Zuge ist ebensowenig wie das fortgesetzte Delikt ein Unterfall des Sukzessivdelikts, weil auch hier jeder Ausführungsakt tatbestandsmäßig ist.³⁾ Die Ähnlichkeit des Fortsetzungszusammenhangs mit der Verbrechensbegehung in einem Zuge gibt somit für Nowakowskis Auffassung nichts her, sondern beweist im Gegenteil, daß die Fortsetzungstat nicht als sukzessive Deliktsausführung aufgefaßt werden kann.

2. Die fortgesetzte Handlung als "soziale Sinneinheit" und als "Einheit bei natürlicher Betrachtung"

Ebenso wie Nowakowski hält es Eb. Schmidt für verfehlt, die fortgesetzte Handlung als juristisches Zweckgebilde

-
- 1) Deshalb kann Geerds, S. 298 (insbesondere Fußn. 303) nicht zugestimmt werden, der die Ansicht vertritt, Nowakowski habe recht, wenn er die fortgesetzte Handlung von seinem Standpunkt aus als Unterfall der schrittweisen Verwirklichung eines Delikts auf fasse. Auch Nowakowskis - gegenüber der herrschenden Meinung eingeschränkter - Begriff des Fortsetzungszusammenhangs ist aus den angeführten Gründen kein Sonderfall der schrittweisen Verbrechensbegehung.
 - 2) Gemeint sind damit die Fälle der natürlichen Handlungseinheit, wie aus dem bei Nowakowski (S. 18) angeführten Beispiel hervorgeht.
 - 3) Die fortgesetzte Handlung unterscheidet sich von der Verbrechensbegehung in einem Zuge nur durch die zeitliche und (möglicherweise auch) räumliche Distanz, die zwischen den Teilakten besteht.

zu begreifen.¹⁾ Diese Rechtsfigur verliere viel von ihrer begrifflichen Problematik, wenn man sie von vornherein als bloße Spielart der Handlung ansehe; und dies ergebe sich aus Sinn und Bedeutung des Handlungsbegriffs überhaupt.

Ausgehend von der von ihm vertretenen "sozialen Handlungslehre"²⁾ beantwortet Eb. Schmidt die Frage, ob eine Handlungseinheit oder -mehrheit vorliegt, danach, wieviele "soziale Sinneinheiten" das Tatgeschehen aufweist. In diesem Sinn sei als eine Handlung zu werten, was sich als funktionale Sinneinheit von sozialer Bedeutung nach den Anschauungen, Bedürfnissen und Erfahrungen des sozialen Lebens zusammenfüge.³⁾ Bei der Bestimmung dessen, was eine soziale Sinneinheit sei, müsse der Blick auf die gesetzlichen Tatbestände gerichtet und aus einem Geschehnisablauf diejenigen Erscheinungen ausgewählt werden, deren soziale Sinnbedeutung zu den etwa anzuwendenden Tatbeständen passe. Dabei dürfe aber der Begriff der sozialen Sinneinheit nicht mit der Tatbestandsverwirklichung gleichgesetzt werden.⁴⁾ Nicht die Zahl der Tatbestandsverwirklichungen (Gesetzesverletzungen) entscheide über Einheit und Mehrheit der Handlung, sondern die Feststellung, was sich in Beziehung auf etwa anwendbare Tatbestände im vorjuristischen Feld an Hand der Lebenserfahrung als soziale Sinneinheit feststellen lasse. Von dieser Warte aus betrachtet stelle sich das fortgesetzte Delikt als Einheit dar, sei ein vom Gesetzgeber zugleich mit dem Handlungsbegriff vorgefundener und von ihm vorausgesetzter Begriff des sozialen Lebens.⁵⁾

1) Eb. Schmidt, SJZ 1950, Sp. 286 ff. (289 ff.); JZ 1951, S. 21 ff.; Lehrk. I RdNr. 303

2) Kritisch Warda, JuS 1964, S. 83

3) SJZ 1950, Sp. 290

4) JZ 1951, S. 22

5) Eine fortgesetzte Handlung nimmt Eb. Schmidt nur an, wenn die Objekte der einzelnen Tatbestandserfüllungen durch eine enge räumliche Beziehung oder durch eine einheitliche Interessenrichtung des Verletzten zusammengeschlossen sind, der Tatentschluß sich auf die Gesamtheit der Objekte bezieht und

Die Darlegungen Eb. Schmidts vermögen den Nachweis nicht zu erbringen, daß die fortgesetzte Handlung ein apriorisches Gebilde und deshalb ein vom Gesetzgeber vorausgesetzter Begriff ist.¹⁾ Indem Eb. Schmidt zur Ermittlung dessen, was eine soziale Sinneinheit ist, die Lebenserfahrung und die praktischen Anschauungen des sozialen Zusammenlebens maßgebend sein läßt, sagt er im Grunde nichts anderes als jene Autoren, die die Einheit des fortgesetzten Delikts mit einer natürlichen Betrachtung zu rechtfertigen suchen.²⁾³⁾ Beide Meinungen gehen davon aus, daß sich die Einheit der Teilakte des Fortsetzungszusammenhangs notwendigerweise ergebe, wenn man nur auf die Auffassung des täglichen Lebens abstelle. Das vermag jedoch deshalb nicht zu überzeugen, weil dieses Kriterium (natürliche Betrachtungsweise; Auffassung des täglichen Lebens) von der herrschenden Meinung bereits zur Begründung der natürlichen Handlungseinheit herangezogen und die Ansicht vertreten wird, Raum für die Annahme eines Fortsetzungszusammenhangs sei erst in den Fällen, in denen bei natürlicher Betrachtung keine Einheit vorliege.⁴⁾ Man mag dies bestreiten und die Gegenthese aufstellen, auch die Teilakte des fortgesetzten Delikts seien nach der Auffassung des täglichen Lebens und den Anschauungen, die das soziale Zusammenleben aufweise, als Einheit zu begreifen - bewiesen wird dadurch noch nichts. Vielmehr ergibt sich daraus nur,

der Täter nach Abschluß der früheren Teilakte das Bewußtsein hat, daß noch weiter gehandelt werden muß, um den Gesamterfolg zu erreichen (SJZ 1950, Sp. 291).

- 1) Ebenso Dietr. Mann, S. 79 ff. und Kriesten, S. 25 ff.
- 2) Das räumt Eb. Schmidt (SJZ 1950, Sp. 290) selbst ein.
- 3) Hier sind etwa zu nennen: Doerr, S. 177 ff.; Kohlrausch, ZAkDR 1938, S. 473 ff.; Kohlrausch-Lange, Vorb. § 73 II B 1; Lobe in LK, 5. Aufl., AT, S. 137 f. Vgl. auch Schöнке-Schröder, Vorb. § 73 RdNr. 16
- 4) Frank, § 74 Anm. V 2 c; Geerds, S. 296; Honig, Studien S. 61 ff.; Preiser, ZStW 58, S. 752 und S. 775; R. Schmitt, ZStW 75, S. 59; Warda, JuS 1964, S. 85

daß die Bestimmung der Handlungseinheit mittels dieser Merkmale recht unsicher ist, daß derselbe Geschehensabschnitt, der von dem einen als Sinneinheit gewertet wird, von anderen in mehrere Sinneinheiten aufgelöst wird.¹⁾ Während sich aber in den Fällen der natürlichen Handlungseinheit - also bei der Wegnahme mehrerer Sachen durch eine Reihe rasch aufeinanderfolgender Griffe, bei der Beleidigung durch eine Flut von Schimpfworten, bei der Verletzung durch eine Tracht Prügel - im wesentlichen übereinstimmende Ergebnisse erzielen lassen²⁾, weil hier infolge des unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs eine Aufspaltung des Vorgangs schlechthin unverständlich wäre, so gilt das jenseits dieses Bereichs nicht mehr. In welchem Umfang mehrere Tätigkeitsakte, die zu verschiedenen Zeiten und (möglicherweise) an verschiedenen Orten begangen werden, eine Einheit bilden, dafür vermag die Auffassung des täglichen Lebens und der Sinnzusammenhang der Akte keinen hinreichenden Maßstab abzugeben.

Der Ansicht Eb. Schmidts, das fortgesetzte Delikt sei als Spielart des allgemeinen Handlungsbegriffs eine im vorjuristischen Feld feststellbare Erscheinung und demzufolge eine vom Gesetzgeber vorgefundene und vorausgesetzte Rechtsfigur, kann deshalb ebensowenig beipflichtet werden wie denjenigen Autoren, die den Begriff des Fortsetzungszusammenhangs allein mit einer natürlichen Betrachtung rechtfertigen und daraus entwickeln wollen.

1) Die Unsicherheit wird bei Eb. Schmidt selbst deutlich, wenn er einmal den Fall der täglich wiederholten Zigarrenwegnahme durch den Diener als Prototyp der fortgesetzten Handlung bezeichnet, bei dem sich die Einheit aus der "Natur der Sache" ergebe (SJZ 1950, Sp. 290), zum andern aber meint, es erscheine sehr zweifelhaft, ob dieser Fall als fortgesetzte Handlung zu betrachten sei (SJZ 1950, Sp. 292 oben).

2) R. Schmitt, ZStW 75, S. 61

III. Die Einschränkung des Begriffs der fortgesetzten Handlung

Nachdem sich die Behauptung, die Fortsetzungstat sei als vorgegebene Einheit eine bloße Spielart des allgemeinen Handlungsbegriffs, nicht hat erweisen lassen, ist der herrschenden Meinung zuzustimmen, die das fortgesetzte Delikt als juristisches Zweckgebilde begreift.¹⁾ Von diesem Standpunkt aus ist es berechtigt, bei der Formulierung des Begriffs der fortgesetzten Handlung den Blick auch auf die Rechtsfolgen zu richten, die sich aus der Zusammenfassung einer Serie von Tätigkeitsakten ergeben, und Sorge zu tragen, daß die Kontraktion nicht zu unerträglichen Ergebnissen führt.²⁾

1. Der maßgebende Gesichtspunkt: Identität des Betroffenen

Wie die ständige Diskussion um den Strafklageverbrauch bei Fortsetzungszusammenhang³⁾ zeigt, kann die fortgesetzte Handlung in der von der Rechtsprechung vertretenen Form vor allem im Hinblick auf die Rechtskraftkonsequenzen nicht befriedigen. Das hat seinen Grund darin, daß man die notwendige Beschränkung allein durch das subjektive Erfordernis des Gesamtvorsatzes zu erreichen sucht, während objektiv zur Annahme eines fortgesetzten Delikts - anders nur bei der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter - die Verwirklichung desselben Deliktstatbestands in gleichartiger und kontinuierlicher

1) BGHSt 5, 136 (138); Baumann, S. 612; Frank, § 74 Anm. V 2 c; D. und U. Mann, ZStW 75, S. 257; Maurach, AT S. 627 f.; Peters, JZ 1957, S. 482; R. Schmitt, ZStW 75, S. 59 f.; Warda, JuS 1964, S. 85

2) Anders Nowakowski, der die Auffassung vertritt, bei der Auseinandersetzung um den Begriff des Fortsetzungszusammenhangs dürften die Rechtsfolgen nicht berücksichtigt werden (S. 38). Wie hier dagegen - freilich in anderem Zusammenhang - Grünwald (S. 33): Es sei durchaus zulässig, zwischen verschiedenen denkbaren Rechtsauffassungen eine Entscheidung in der Weise zu suchen, daß ihre Konsequenzen generell durchdacht und die Richtigkeit der Ansichten an diesen Konsequenzen gemessen wird.

3) Dazu oben B II

Weise ausreicht.

Abgesehen davon, daß in tatrichterlichen Urteilen aus Gründen der Arbeitserleichterung Fortsetzungszusammenhang häufig auch dann bejaht wird, wenn der Täter nicht mit Gesamtvorsatz gehandelt hat, und infolge dieser Neigung der Untergerichte der Bereich der fortgesetzten Handlung ausgedehnt wird¹⁾, vermag das Merkmal des Gesamtvorsatzes nicht zu verhindern, daß in vielen Fällen das strafbare Tun nur teilweise erfaßt wird. Besteht ein fortgesetztes Delikt aus Teilakten, die sich jeweils gegen eine andere Person richten, ist es weitgehend dem Zufall überlassen, ob im Zeitpunkt der Entscheidung sämtliche in den Zusammenhang gehörende Akte bekannt sind. Bei der Verletzung verschiedener Personen mangelt es an der im Prozeß erforderlichen Offensichtlichkeit und Überschaubarkeit, so daß es nicht selten zu unvollständigen Verurteilungen kommt.²⁾ Anders ist es bezüglich der Teilhandlungen, die dieselbe Person betreffen. Mag auch hier dem Gericht die Ermittlung der gesamten Handlungskette nicht in jedem Fall gelingen, so bietet die Identität des Betroffenen doch eine starke Gewähr, daß die wesentlichen Teile des Täterverhaltens im Verfahren erfaßt werden können. Eine befriedigende Behandlung des Strafklageverbrauchs bei Fortsetzungszusammenhang wird sich deshalb nur erreichen lassen, wenn man den Begriff des fortgesetzten Delikts in die Richtung hin einschränkt, daß nur solche Akte zu einer Handlung verbunden werden können, die sich gegen den Objektbereich desselben Rechtsgutsinhabers richten.³⁾

1) RGSt 66, 236 (239): "Die bei den Tatrichtern wegen der Einfachheit der Feststellung vielfach übliche weite Ausdehnung des Begriffs des Fortsetzungszusammenhangs ...". Busch, ZStW 68, S. 10; v. Bülow, GS 59, S. 190

2) Peters, Lb. S. 442, der aus dieser Erkenntnis aber nur prozessuale Folgerungen zieht (oben S. 51 Fußn. 5). Busch, ZStW 68, S. 9 f.

3) So Busch, ZStW 68, S. 10: Es erscheine sachgerecht, "die materiell-rechtliche Einheit der fortgesetzten Handlung von vornherein mit allseitiger Wirkung auf Einzelakte zu beschränken, die sich gegen den Objekt-

Freilich läßt sich dies nicht bei allen Delikten durchführen. Teilt man die Straftaten ein in solche gegen den einzelnen und solche gegen die Gesamtheit¹⁾, kann die Identität des verletzten Rechtsgutsinhabers als einschränkendes Kriterium nur bei der ersten Gruppe, also den Angriffen auf höchstpersönliche Rechtsgüter und den Vermögensverbrechen, verwendet werden. Bei den Delikten gegen die Gesamtheit ist eine derartige generelle Beschränkung des Fortsetzungszusammenhangs nicht möglich, weil hier nicht eine bestimmte Person als Rechtsgutsträger fungiert.²⁾ Jedoch lassen sich auch in diesem

bereich desselben Inhabers richten. Damit würde gleichzeitig der uferlosen Ausdehnung des Begriffes durch die Tatrichter eine markante Grenze gesetzt." Da Busch seinen Vorschlag aber nicht näher erläutert, entsteht der Eindruck, als ob mit der Formel "Objektbereich desselben Inhabers" sämtliche Fälle der fortgesetzten Handlung erfaßt werden könnten. Wie sich aus den folgenden Darlegungen ergibt, ist das jedoch nicht möglich.

1) Maurach, BT S. V ff.

2) Auch der Vorschlag von v. Bülow (GS 59, S. 190 f.) kann hier nicht weiterführen. v. Bülow will den Anwendungsbereich des Fortsetzungszusammenhangs dadurch beschränken, daß bei mehrfacher Begehung des gleichen Delikts die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens ausgeschlossen sein soll, wenn durch die mehreren Handlungen verschiedene Personen verletzt werden. Der Begriff des "Verletzten" soll dabei im weitesten Sinn, und zwar wie in § 172 StPO verstanden werden. Von diesem Standpunkt aus, so meint v. Bülow, würde man bei Diebstahl, Betrug, Unterschlagung gegen verschiedene Personen die Einheit zu verneinen haben, ebenso aber auch bei mehrfacher Begehung von Delikten, die nach der üblichen Klassifikation nicht zu den strafbaren Handlungen gegen Rechtsgüter des einzelnen gerechnet werden. Hierzu ist zu sagen: Einmal erscheint es kaum angängig, den Begriff des Fortsetzungszusammenhangs von einem derart umstrittenen Begriff wie dem des "Verletzten" i. S. des § 172 StPO abhängig zu machen. Zum andern könnte danach bei Angriffen auf höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Rechtsgutsträger entgegen der allgemeinen Meinung Fortsetzungszusammenhang möglich sein, weil in solchen Fällen dieselbe Person verletzt sein kann (z. B. Vater oder Mutter bei dem Tod mehrerer Kinder, Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, § 172 Anm. 8 a; Ehemann bei Abtreibungshandlungen an seiner Ehefrau während mehrerer Schwangerschaften, Müller-Sax (KMR), § 172 4 b). Und schließlich muß nicht bei allen Delikten notwendigerweise ein Verletzter vorhanden sein (z. B. §§ 153, 267 StGB); soweit das nicht der Fall ist, bringt v. Bülows Ansicht keine abweichenden Ergebnisse.

Bereich Einschränkungen gegenüber der herrschenden Meinung bei einigen Straftaten, vor allem bei der für die fortgesetzte Handlung wichtigen Gruppe der Sittlichkeitsdelikte, erreichen, wie unten im einzelnen auszuführen sein wird.

2. Die einzelnen Deliktsgruppen

Für die einzelnen Gruppen gelten nach der hier vertretenen Auffassung folgende Regeln:

a) Straftaten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter

Bei der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter ergibt sich keine Abweichung zur herrschenden Meinung. Während mehrmalige Angriffe gegen den gleichen Rechtsgutsträger in Fortsetzungszusammenhang stehen können, ist dieser ausgeschlossen, wenn sich die Teilakte jeweils gegen eine andere Person richten.¹⁾ Als solche höchstpersönlichen Rechtsgüter sind anzusehen: Leben, körperliche Integrität, Freiheit, Ehre²⁾, weiter aber auch Hausrecht und Geheimnis.³⁾ So ist Fortsetzungszusammenhang z. B. nicht möglich bei der Tötung⁴⁾, Körperverletzung⁵⁾ oder Beleidigung⁶⁾ mehrerer Menschen, bei Abtreibungshandlungen an mehreren Frauen⁷⁾ oder an der gleichen Frau während verschiedener Schwangerschaften⁸⁾, bei der Freiheitsberaubung gegenüber verschiedenen Personen.

1) So die allgemeine Meinung, z. B. Doerr, S. 114; Honig, Studien S. 112; Jagusch, Vorb. § 73 B III 2 f bb; Maurach, AT S. 633; Nowakowski, S. 22; Schönke-Schröder, Vorb. § 73 RdNr. 24 f.

2) Insoweit allgemein anerkannt; vgl. die Zitate in der vorstehenden Fußnote.

3) Maurach, AT S. 633

4) RGSt 44, 223 (227); OGHSt 1, 152 (155); BGHSt 2, 246 (247).

5) RGSt 27, 19 (20); 31, 150 f.; 66, 221 (222); OGHSt 1, 203 (204)

6) RGSt 57, 163

7) RGSt 59, 98 ff.; 68, 13 (14)

8) RG HRR 1938, Nr. 1209

b) Straftaten gegen Vermögenswerte

Bei den Straftaten gegen Vermögensinteressen nehmen Rechtsprechung und herrschende Lehre Fortsetzungszusammenhang grundsätzlich auch dann an, wenn die einzelnen Akte gegen verschiedene Rechtsgutsträger gerichtet sind.¹⁾ Ausnahmen werden für die Delikte gemacht, deren Verwirklichung neben der Vermögensbeeinträchtigung eine Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter voraussetzt. Aus diesem Grund ist eine fortgesetzte Erpressung gegenüber verschiedenen Personen nicht möglich.²⁾ Dasselbe muß auch für den Raub gelten³⁾, so daß Fortsetzungszusammenhang ausgeschlossen ist, wenn durch die Einzelhandlungen mehrere Opfer benötigt werden.

Wendet man den Grundsatz, daß eine fortgesetzte Handlung nur bei der Verletzung des Objektbereichs desselben Rechtsgutsinhabers zu bejahen ist, auf die Vermögensverbrechen an, so ergibt sich gegenüber der herrschenden Meinung eine einschneidende Beschränkung des Fortsetzungszusammenhangs. Mehrere Tatbestandsverwirklichungen können nur dann zu einer Einheit verbunden werden, wenn sich die Einzelakte gegen den gleichen Träger des angegriffenen Rechtsguts richten. So ist z. B. bei Unterschlagung und Sachbeschädigung Identität des verletzten Eigentümers,

-
- 1) RGSt 43, 134 (135 f.); 49, 66 f.; 70, 51 (52); 243 (244); BGH bei Dallinger MDR 1957, S. 526; Jagusch in LK, Vorb. § 73 B III 2 f bb (S. 592); Maurach, AT S. 633; Schönke-Schröder, Vorb. § 73 RdNr. 23; Welzel, S. 207. Weitere Nachweise bei Kriesten, S. 97 Fußn. 5, wo freilich fälschlich Doerr, S. 132 und Nowakowski, S. 23 zitiert werden. Diese beiden Autoren wenden sich gerade gegen die herrschende Meinung und lassen auch bei den Vermögensdelikten eine fortgesetzte Handlung nur dann zu, wenn durch sämtliche Einzelakte der gleiche Rechtsgutsträger verletzt wurde.
 - 2) RG HRR 1937, Nr. 981; OLG Braunschweig, HEST 2, 29 (32); BGH NJW 1954, S. 483 (Leitsatz b); Kohlrausch-Lange, § 253 I; Schönke-Schröder, § 253 RdNr. 39; Jagusch in LK, Vorb. § 73 B III 2 f bb (S. 592 unten); anderer Ansicht aber Jagusch in LK, § 253 Anm. 9
 - 3) Auch hier richtet sich die Tat nicht nur gegen das Vermögen, sondern zugleich gegen die persönliche Freiheit. So OLG Braunschweig, HEST 2, 29 (32).

bei Betrug und Untreue Nämlichkeit des betroffenen Vermögensinhabers Voraussetzung für die Annahme einer fortgesetzten Handlung.¹⁾

Diese Regel ist ohne Schwierigkeiten durchführbar bei den Vermögensdelikten, die nur ein Rechtsgut schützen. Setzt jedoch ein Straftatbestand die Verletzung zweier Rechtsgüter voraus, so ist zweifelhaft, ob Identität beider Rechtsgutsträger zu verlangen ist. Dieses Problem stellt sich vor allem bei dem praktisch wichtigen Fall des fortgesetzten Diebstahls. § 242 StGB schützt nach herrschender Meinung²⁾ sowohl das Eigentum als auch den Gewahrsam. Ist zur Annahme eines fortgesetzten Diebstahls erforderlich, daß die Sachen desselben Eigentümers aus dem gleichen Gewahrsam gestohlen werden? Da die Einschränkung des Fortsetzungszusammenhangs zu dem Zweck geschieht, die im Prozeß erforderliche Überschaubarkeit zu gewährleisten, und dieses Ziel bereits dann erreicht wird, wenn bei sämtlichen Einzelakten bezüglich eines Betroffenen Identität besteht, ist die Frage zu verneinen. Ein fortgesetzter Diebstahl ist deshalb bei der Entwendung von Sachen verschiedener Eigentümer aus dem gleichen Gewahrsam oder der Wegnahme von Sachen desselben Eigentümers aus mehreren Gewahrsamsverhältnissen anzunehmen.³⁾ Ähnliches gilt für die Erpressung. Geschützte Rechtsgüter sind hier Freiheit und Vermögen.⁴⁾ Werden mehrere Personen erpreßt, so ist Fortsetzungszusammenhang - wegen der Verletzung eines höchstpersönlichen Rechtsguts verschiedener Rechtsgutsträger - zwar auch dann ausgeschlossen, wenn nur ein Vermögensinhaber geschädigt wird.⁵⁾

1) Zu diesem Ergebnis kommen neben Busch, ZStW 68, S. 9 f. auch v. Bülow, GS 59, S. 190 f.; Doerr, S. 131 ff.; Nowakowski, S. 23 f.; ebenso die frühere Rechtsprechung des Oesterreichischen Obersten Gerichtshofs (Nachweise bei Nickel, S. 43).

2) RGSt 54, 280 (282); BGHSt 10, 400 (401); Jagusch in LK, § 242 I; Kohlrausch-Lange, Vorb. § 242 I; Maurach, BT S. 185; anderer Ansicht Schönke-Schröder, § 242 RdNr. 1

3) Im Ergebnis ebenso Nowakowski, S. 24

4) BGHSt 1, 13 (20); Maurach, BT S. 275; Schönke-Schröder, § 253 RdNr. 1

5) Vgl. oben S. 159 Fußn. 2

Richten sich aber die Erpressungshandlungen gegen die gleiche Person, steht der Annahme einer fortgesetzten Erpressung nicht entgegen, daß durch jede Tatbestandsverwirklichung ein anderer Vermögensinhaber entreichert wird.

c) Straftaten gegen die Gesamtheit

Bei den Straftaten gegen die Gesamtheit lassen sich ähnlich klare Regeln, wie sie für die Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter und für Vermögensdelikte gelten, in Rechtsprechung und Schrifttum nicht feststellen. Ein Teil dieser Delikte kann, soweit sich die Tat gegen verschiedene Personen richtet, nach herrschender Meinung nicht fortgesetzt begangen werden, z. B. § 175 StGB¹⁾, § 175 a Nr. 4 StGB²⁾, § 176 Abs. I Nr. 3 StGB³⁾, § 333 StGB.⁴⁾ Gemeinsam ist diesen Straftatbeständen, daß sie einen persönlichkeitsgeprägten Unrechtsgehalt aufweisen. Doch schließt die Rechtsprechung nicht bei allen Delikten mit persönlichkeitsgeprägtem Unrechtsgehalt Fortsetzungszusammenhang aus, wenn sich das strafbare Tun auf verschiedene Personen bezieht; eine fortgesetzte Handlung wird z. B. bejaht bei Förderung der Unzucht mehrerer Frauen gem. § 180 StGB⁵⁾ und bei Fälscherei gegenüber mehreren Dirnen, § 181 a StGB.^{6,7)} Die Differenzierungen erscheinen ziemlich willkürlich, zumal die Begründungen die Unterscheidungen nicht zu rechtfertigen vermögen. So führt etwa der Bundesgerichtshof aus⁸⁾, das verletzte Rechtsgut in den §§ 180, 181 a StGB sei nicht höchstpersönlicher Natur, sondern diese Tatbestände dienten dem

1) RGSt 70, 282 (283 ff.) gegen RGSt 70, 145 (146 ff.)

2) RGSt 72, 257 (258)

3) RGSt 70, 243 (244 f.)

4) RGSt 72, 174 (175 f.); OLG Hamburg NJW 1951, S. 813

5) BayObLGSt 1953, 225; BGH NJW 1963, S. 1162 (1164)

6) BGH NJW 1963, S. 1162 (1164); dagegen Kohlrausch-Lange, Vorb. § 73 II B 1 b

7) Andererseits wird bei § 181 Nr. 2 StGB Fortsetzungszusammenhang nur angenommen, wenn es sich um dieselbe verkuppelte Person handelt; BayObLGSt 1963, 96

8) NJW 1963, S. 1162 (1164); ebenso BayObLGSt 1953, 225

Schutz des allgemeinen Sittlichkeitsempfindens, und deshalb sei eine fortgesetzte Handlung gegenüber verschiedenen Personen möglich.¹⁾ Wäre diese Erwägung - Fortsetzungszusammenhang gegenüber verschiedenen Personen ist nur bei der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter ausgeschlossen - richtig, dann müßte auch in den oben genannten Fällen der §§ 175, 175 a Nr. 4, 176 Abs. I Nr. 3, 333 StGB ohne Rücksicht auf die Zahl der Betroffenen eine fortgesetzte Handlung angenommen werden, weil hier ebenfalls keine höchstpersönlichen Rechtsgüter angegriffen werden.²⁾

Der Grund, warum bei den eben zitierten Tatbeständen Fortsetzungszusammenhang abgelehnt wird, soweit mehrere Personen betroffen sind, dürfte darin zu sehen sein, daß diese Delikte zwar nicht Rechtsgüter des einzelnen schützen, das strafbare Verhalten aber dennoch regelmäßig an einer einzelnen Person betätigt wird und in solchen Fällen - ähnlich wie bei der mehrfachen Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter - der in jedem Ein-

-
- 1) Einen andersartigen Erklärungsversuch unternimmt Kriesten, S. 109 ff. im Anschluß an Hellmer, GA 1956, S. 65 ff.: Es müsse danach unterschieden werden, ob durch die wiederholte Tatbestandsverwirklichung eine individuelle Beziehung des Täters zu einem anderen Menschen berührt werde oder ob der Täter aus einem blinden Ichtrieb heraus handle. Bei den §§ 175, 175 a, 176 Abs. I Nr. 3, 333 StGB stehe die Verletzung der persönlichen Beziehung im Vordergrund, während bei den §§ 180, 181 a StGB dies nicht der Fall sei, sondern wahllos gehandelt werde. Aber auch eine derartige Begründung erscheint nicht überzeugend. Wir vermögen in diesem Sinn keinen Unterschied zu erblicken zwischen dem Homosexuellen, der sich zur Befriedigung seiner Geschlechtslust mit jedem gleichartig veranlagten Mann einläßt, und dem Zuhälter, der mehrere Dirnen für sich arbeiten läßt, oder zwischen dem Kinderschänder, der sich bei jeder günstigen Gelegenheit wahllos an Kindern vergreift und dem Kuppler, der immer wieder der Unzucht Vorschub leistet.
 - 2) Von dieser Grundlage aus konsequent RGSt 70, 145 (146 ff.), wo entgegen der sonst ständigen Rechtsprechung Fortsetzungszusammenhang auch für § 175 StGB bei Unzucht mit mehreren Männern bejaht wird.

zelakt liegende persönlichkeitsgeprägte Unwertgehalt eine Zusammenfassung nicht duldet.¹⁾ Führt man diesen Grundsatz konsequent durch, daß Fortsetzungszusammenhang bei den Straftaten gegen die Gesamtheit, bei denen Angriffsobjekt regelmäßig der einzelne ist, nur bezüglich der gleichen Person möglich ist, so erhält man im Gegensatz zu der verwirrenden Kasuistik der Rechtsprechung eine generelle Richtlinie, in welchen Fällen die Annahme einer fortgesetzten Handlung Identität des Betroffenen voraussetzt. Abweichungen ergeben sich danach insbesondere im Bereich der Sittlichkeitsdelikte; hier ist Fortsetzungszusammenhang grundsätzlich ausgeschlossen, soweit durch die Teilakte verschiedene Personen betroffen sind.²⁾ Dies gilt entgegen der Rechtsprechung auch für die §§ 173³⁾, 180, 181, 181 a⁴⁾ StGB, weil die Tat jeweils an einer einzelnen Person betätigt wird.⁵⁾ Der gleiche Gedanke trifft aber auch auf einige andere Straftatbestände zu, etwa auf die §§ 113, 114, 164 StGB. Bei Widerstand gegen die Staatsgewalt oder Beamtennötigung ist, wie bei der aktiven Bestechung⁶⁾, Handlungsmehrheit anzunehmen, wenn gegen verschiedene Beamte vorgegangen wird;⁷⁾ ebenso ist eine fortgesetzte Anschuldigung nur bei mehrfacher Verdächtigung der gleichen Person möglich.⁸⁾

1) Ähnlich Welzel, S. 207

2) So Kohlrausch-Lange, Vorb. § 73 II B 1 b (ausdrücklich gegen die herrschende Meinung zu § 181 a StGB) und Welzel, S. 207

3) Anders RG DStR, 1936, S. 232 f.; gegen diese Entscheidung Schönke-Schröder, § 173 RdNr. 12

4) Anders - abgesehen von § 181 Abs. I Nr. 2 StGB - die Rechtsprechung, vgl. Nachweise oben S. 161 Fußn. 5 f.

5) Bei § 183 StGB ist dagegen Fortsetzungszusammenhang auch gegenüber verschiedenen Personen möglich, weil sich die Ärgerniserregung nicht gegen den einzelnen, sondern gegen eine unbestimmte Vielzahl von Personen richtet.

6) RGSt 72, 174 (175 f.); OLG Hamburg NJW 1951, S. 813

7) Anderer Ansicht Doerr, S. 117

8) Sieht man als geschützte Rechtsgüter des § 164 StGB die Rechtspflege und die Ehre des Angeeschuldigten an (so etwa Schönke-Schröder, § 164 RdNr. 1 f.), dann ergibt sich dies schon daraus, daß bei der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter verschiedener Personen Fortsetzungszusammenhang nicht möglich ist. Jedoch ist diese Auslegung des § 164 StGB nicht unstr.; vgl. im einzelnen Schröder, NJW 1965, S. 1888 ff.

IV. Vor- und Nachteile der Einschränkung

Die vorgeschlagene Einschränkung des Begriffs der fortgesetzten Handlung widerspricht in gewissem Umfang den Zweckmäßigkeitserwägungen, die die Zusammenfassung mehrerer Tätigkeitsakte zu einer Einheit über den Bereich der natürlichen Handlungseinheit hinaus nahelegen. Ein praktisches Bedürfnis, eine Handlung in solchen Fällen anzunehmen, in denen durch zeitlich getrennte, aber einen inneren Zusammenhang aufweisende Teilakte derselbe Tatbestand in gleichartiger und kontinuierlicher Weise mehrmals verletzt wird, besteht, wie sich oben S. 4 ff. ergeben hat, aus zwei Gründen. Einmal soll dadurch das Maß der zu einer Verurteilung erforderlichen Sachverhaltsfeststellung beschränkt werden; zum andern soll der Richter von der Arbeit entbunden werden, für jeden Einzelakt eine Strafe festsetzen und aus der Summe der Einzelstrafen nach den Regeln der Realkonkurrenz (§ 74 StGB) eine Gesamtstrafe bilden zu müssen.

Aus dem ersten Grund sind Bedenken gegen die Reduktion des Fortsetzungszusammenhangs in der vorgeschlagenen Weise kaum herzuleiten. Wenn sich nämlich die fortgesetzte Straftat gegen mehrere Betroffene richtet, werden sich in aller Regel ohne die nähere Ermittlung der Einzelakte auch die für die Zusammenfassung wesentlichen Merkmale, wie der Gesamtvorsatz, die Gleichartigkeit der Begehungsweise und die Erfüllung desselben Straftatbestandes, nicht feststellen lassen.¹⁾

1) So für den hier allein in Betracht kommenden Fall (vgl. oben S. 6 ff.), daß der Täter einen bestimmten Gesamterfolg herbeigeführt hat, die Rekonstruktion der Einzelakte nach Zahl, Zeitpunkt der Begehung und Ausmaß aber nur unvollständig möglich ist. Steht z. B. fest, daß jemand seinen Bedarf an Hausbrand aus einem Kohlenlager entsprechend einem Gesamtvorsatz in gleichartiger Weise gedeckt hat, kommt es auf die Zahl der Wegnahmehandlungen und die jeweils entwendete Menge nicht mehr an. War das strafbare Tun aber (möglicherweise) gegen mehrere Personen gerichtet, so wird sich auch dann, wenn der Gesamterfolg außer Zweifel ist (etwa: Auffinden eines Diebeslagers), ohne die Ermittlung der einzelnen Betroffenen in aller Regel nicht klären lassen, ob der Täter jeweils den gleichen Straftatbestand erfüllt hat, ob er in gleichartiger Weise vorgegangen ist und ob er mit Gesamtvorsatz gehandelt hat.

Anders ist es jedoch, was die Erleichterung bei der Strafenbildung anlangt. In allen Fällen, in denen nach der hier vertretenen Auffassung entgegen der herrschenden Meinung Handlungsmehrheit anzunehmen ist, kann der Richter nicht den bequemen Weg des § 73 StGB gehen, sondern muß gem. § 74 StGB verfahren. Dies bringt ohne Zweifel eine lästige Mehrarbeit für das Gericht mit sich. Indes wird dieser Nachteil, wie uns scheint, durch den damit erreichten Vorteil mehr als aufgewogen; denn es handelt sich ja nicht - wie es das Reichsgericht ausgedrückt hat¹⁾ - um eine "überflüssige" Arbeit, sondern um eine Arbeit, die mit dem Ziel geleistet wird, der Forderung nach Gerechtigkeit in verstärktem Maße zu entsprechen. Und wo es um Gerechtigkeit geht, da sollten Zweckmäßigkeitserwägungen, die nur der Arbeitserleichterung dienen, nach Möglichkeit²⁾ in den Hintergrund treten.

Beschränkt man den Begriff der fortgesetzten Handlung in der vorgeschlagenen Weise, so wird die Problematik des Strafklageverbrauchs bei Fortsetzungszusammenhang wesentlich entschärft. Zwar bleibt ein Restbestand von Delikten im Bereich der Straftaten gegen die Gesamtheit, der von der Reduktion nicht betroffen wird. Da jedoch bei der Deliktsgruppe, bei der die Figur des fortgesetzten Delikts wohl am häufigsten Anwendung findet, nämlich den Straftaten gegen Vermögenswerte, und auch bei einem Teil der Delikte gegen die Gesamtheit, der Rahmen des Fortsetzungszusammenhangs entscheidend ver-

1) RGSt 70, 243 (244).

2) Sicherlich wäre es eine lebensfremde Prozedur, in solchen Fällen für jeden Einzelakt eine besondere Strafe festzusetzen, in denen nur eine Person verletzt ist (etwa: Unzuchtshandlungen mit dem gleichen Kind über einen längeren Zeitraum hin oder mehrfache Untreuehandlungen gegenüber dem gleichen Treugeber). Insoweit ist die Annahme einer Handlung geboten. Jedoch erscheint es durchaus vertretbar, bei der Beeinträchtigung verschiedener Personen mehrere Handlungen anzunehmen und dadurch auch bei der Strafenbildung zum Ausdruck zu bringen, daß sich der Täter nicht auf die Verletzung des Objektbereichs eines Inhabers beschränkt hat.

engt wird, wird die Quote der ungerechten, weil auf einer lückenhaften Sachverhaltserfassung beruhenden Entscheidungen stark vermindert werden. In weitaus größerem Maße als bisher wird dem Gericht die vollständige Ermittlung der Handlungskette gelingen, die Verurteilung wegen des gesamten strafbaren Tuns wird nicht mehr im gleichen Ausmaß wie bisher vom Zufall abhängig sein. Vom Boden dieser Auffassung aus erscheint es auch annehmbar, den Grundsatz des alle Teilakte der fortgesetzten Handlung umfassenden Strafklageverbrauchs konsequent durchzuführen und die Ausnahmen, die die Rechtsprechung bei einigen Fallgestaltungen ohne durchgreifende Begründung und nur im Hinblick auf das Ergebnis macht, aufzugeben.

L e b e n s l a u f

Am 23. Februar 1939 wurde ich als zweiter Sohn des Kaufmanns Gustav Faber und seiner Ehefrau Erna, geb. Herzog, in Coburg geboren.

Ich besuchte die Volksschule und das humanistische Gymnasium Casimirianum in Coburg und nahm im Wintersemester 1958/59 an der Universität Erlangen das Studium der Rechte auf. Nach neun Semestern juristischen Studiums in Erlangen und Tübingen legte ich am 25. Juni 1963 in Erlangen die erste juristische Staatsprüfung ab.

Anschließend trat ich als Rechtsreferendar in den bayerischen Vorbereitungsdienst für die zweite juristische Staatsprüfung ein. Seit April 1963 war ich außerdem als wissenschaftliche Hilfskraft an der Universität Erlangen beschäftigt. Von März 1965 bis Februar 1966 ließ ich mich vom Referendardienst beurlauben und verwaltete während dieser Zeit die Stelle eines wissenschaftlichen Assistenten an der Ruhr-Universität Bochum.

